中青年法学文库



中西法文化的暗合与差异

范忠信 著

中国政法大学出版社



中青年法学文库



责任编辑：柯力

ISBN 7-5620-2183-X

9 787562 021834 >

定价：21.00元

中青年法学文库

中西法文化的暗合与差异

范忠信 著



中国政法大学出版社

图书在版编目（CIP）数据

中西法文化的暗合与差异/范忠信著．－北京：中国政法大学出版社，2001.10

ISBN 7－5620－2183－X

Ⅰ.中… Ⅱ.范… Ⅲ.比较法学－中国、西方国家 Ⅳ.D908

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第077431号

书　　名　中西法文化的暗合与差异
出 版 人　李传敢
出版发行　中国政法大学出版社
经　　销　全国各地新华书店
承　　印　军事科学院印刷厂
开　　本　850×1168mm　1/32
印　　张　11.5
字　　数　300千字
版　　本　2001年12月第1版　2001年12月第1次印刷
印　　数　0 001－4 000
书　　号　ISBN 7－5620－2183－X/D·2143
定　　价　21.00元

社　　址　北京市海淀区西土城路25号　邮政编码：100088
电　　话　(010)62229563　(010)62229278　(010)62229803
电子信箱　zf5620@263.net
网　　址　http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm

☆ ☆ ☆ ☆ ☆

中青年法学文库

总　　序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科而确立其独立的地位。然而，一个世纪以来中国坎坷曲折的历史终于使法律难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年文革期间更索性彻底停滞。先天既不足，后天又失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

70年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育的恢复以及法律制度的渐次发展提供了前所未有的良好环境。十多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高；法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为，法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅仅是社会生活经验的反光镜，或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以导引。在建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超

越，从而不仅为中国的现代化法制建设提供蓝图，而且对世界范围内重大法律课题作出创造性回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成而创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的是海内外中国法学界的鼎力推助和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝”；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

我准备这样做贡献
（自序）

"什么是你的贡献？"苏力兄在《法治及其本土资源》中一声棒喝，问得我有些汗颜。

从1980年进大学至今，我从事法学学习与研究好歹也有20余年。这20多年，文章写了不少，也出了勉强叫做"专著"的东西，混了些稿费。但扪心自问我的"贡献"在哪里，的确得意不起来。不是不想做贡献，而是找不着贡献的途径方式和目标方向，没有给自己的研究恰当地找到"定位"。

在1990年以前，我的"贡献"之心比现在急切得多，关心中国法制利害远胜于关心自己的工作和生活环境条件。所以，虽然在斗室尺案中，也敢远远超出"法制史"的范围写关于法理、宪法、刑法、台湾问题的文章。大约自1993年开始，我渐渐地明白，由于资质和时日的限制，我们这辈子大概不能在那么广阔的空间里做贡献，可能只配在相当于针尖麦芒那么大的领域里做我的贡献。于是开始反省中国法制近代化的利弊得失，希望在这里找到我力所能及的"贡献"方式和目标。因为是学法制史的，只敢在这里找，不敢到别人的领域去找。

这一贡献目标，近10年间，虽然尚未完全确定，但总算是越来越明确了。在对中国法制近代化、现代化百年历程的回顾与反省中，我逐渐明确地感觉到，中国近百年的"法律西化"运动，有许多矫枉过正的缺失。这种"矫枉过正"的法律变革，使得我们的法制不但过分对抗中国文化传统，也偏离了西方法文化的精神传统。

近代以来确立的许多制度，特别是新中国以来的一些制度，实际上已割断了自己的两根脐带，一根是中国传统法文化的脐带，另一根是大陆法系的脐带。割断了脐带之后，又未能完全自主独立地生长和发育，使国人感到陌生、隔膜、疏离。一种兼采西方法制文明精华和中国法律传统精华的新的法制体系并未产生，这就是我国法制今天面临的尴尬。

这种尴尬促使我深省。我开始想，近代以来，我们的治国或立法"良医们"在临床救治"中国法制"这一病躯时，是不是做出了正确的诊断？是不是采取了正确的手术方案？是不是用对了药物？

在思考这些问题时，我开始慢慢地找到了感觉。我渐渐地发现：中国法律传统和西方法律传统在一系列重要问题上是精神契合的，两大传统的法制在解决国家社会面临的共同问题时采取的解决方案是大致相通的，中西法律文化之间的差距并没有我们从前认为的那样大。

在找到了这样的感觉后，我先后写了一系列文章，这些文章先后发表在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》等刊物上，现在都收入了本书。这些文章，谈不上是多深的学术研究结论，只是向同仁们描述了这种感觉。我先后研究过关于"亲属相犯"、"亲亲相为隐"、"重典治吏"、"见危不救"、"和奸罪"等一系列问题，发现在这些通常是中国传统伦理和法制最为关注最有特殊规定的问题上，西方法律传统竟也有相当类似的规定或做法。我的发现，也许只是冰山一角，但其意义的确是不寻常的。我们通常所说的中国"封建主义法传统"或"宗法主义的法律传统"竟与西方法传统在如此关键问题（不是一般枝节问题）上有不谋而合，这说明了什么？

我想，这说明人类各大民族的法制文明有非常重要的深层次的共同价值基础和手段选择上的共性。这种共性是各大民族的文明创造者们从未相互商量的，但却是发自文明深处或人类的人性深处

的。某种意义上的“万民法”、“理性法”、“自然法”是客观存在的。

我这些年探讨这些“共性”的过程，不是在刻意去寻找共性或故意把非共性解释为共性，而是不小心碰见了一些惊人的共性。碰到了，就记录下来，写成文章。所以，本书中的文章涉及的那几个问题似乎不是一个严格的总主题下的几个分题。我相信还有更多的、更深的共性，只是我们尚未撞见而已，或者由于我们的学术底蕴太浅薄或研究态度粗心之故而屡屡失之交臂。

我探讨这些“共性”的过程，丝毫没有“试图从中国传统或社会中寻找某些据说是‘具有现代性的因素’”的念头，也不是出自一种“我们先前也富过”的阿Q精神，更谈不上是“出于潜意识地对各种自我既得利益的维护”。苏力兄对“弘扬中国传统文化”论者的这些揶揄，我是不敢“对号入座”的。我的既得利益，在新制而不在旧制；祖先是大家共同的祖先，祖先家业是大家共同的，用不着我一个人去摇唇鼓舌辩护；“举泰西之制而证之于古，谓泰西新法乃我古已有之”的恶习我素来讨厌。我的研究目的绝不在此！

我的研究动机，无非是要寻找中西法制的共同基石，为中国未来的法制建构提出更有说服力的思路。如果找到了中西法制文明过去数千年的共通基石或基础，理清了其发生后来巨大分裂和差异的根本缘故，我们未来的法制变革事业不就有了更明确的目标吗？不是更可以明确我们的途径和任务吗？

找到了这个“共性”，并不能使“中国传统法律文化”整个地起死回生。糟粕成分就是糟粕，你找到了再多的“现代性因素”也没有用。但是，如果找到了中西共同的出发点、最初的共通思路、共通目标，情况就大不一样了；找到了中西不谋而合的基本建构，我们的贡献就会大不一样。

一个国家的法制，贵在有根，贵在合于现实。苏力兄的“本土

资源”，“是要从社会生活的各种非正式法律制度中去寻找”。他强调的是法制合于现实，合于中国的社会实际，以中国现实问题为出发点并为解决现实问题服务，从实际的社会存在中寻求法制建设的资源。我并不反对他的这种偏好，但我更注意寻根。中国未来的法制体系不能没有深厚的扎实的根，这是文化传统的根。

中国未来法制体系的根，显然只能深植于中西两大传统不发生根本对抗的领域。过分地对抗中华传统或过分地对抗西方传统的法制，在我国都是难以真正立足的。寻到了共同的根或基地，沿着现代民主法治的要求延伸下去，我们的法制就是有源之水、有本之木，其生命力就绝对非今日法制情形所能比。

我准备这样地做贡献——寻找和阐释中西法律传统的深层共性，为中国未来法制建设提供更有生命力和针对性的参考意见，为中西法文化合璧做贡献。如果天假我以与先师孔子一样多乃至更多的时日，说不定我也能勾画出一幅草图。

这样地做贡献的想法，是不是有些“胆子忒大了点”？成不成，先干着再说。人们一般不会去谴责一个人的学术目标，哪怕他无力实现。

2001年9月30日

作者小传

范忠信，男，1959年生，湖北英山人。先后就读于西南政法大学、中国政法大学、中国人民大学，获法学学士、硕士、博士学位。现为中南财经政法大学法学院教授、校科研处长、台湾所所长。主要著作有：《情理法与中国人》、《一国两法与中国的完全统一》、《中国法律传统的基本精神》；近年在《中国社会科学》、《中国法学》、《法学研究》等多种刊物发表论文百余篇，1999年6月获全国“十大杰出青年法学家”提名奖。

目　　录

第一章　原“原罪”：中、印、欧犯罪终极原因说比较思考

一、《圣经》原罪说的法哲学含义

“人生而有罪”，这就是“原罪”。

“原罪”是怎么犯下的?《圣经》说是人类的那两位不争气的、有福享不住的祖先亚当和夏娃犯下的。

本来，我们这一对祖先在伊甸园过得好好的。无喜无怒、无忧无虑，饮琼浆玉液，无生老病死之患。然而一经那连上帝都管不住的魔鬼撒旦的谗言哄骗，他们终于偷吃了“禁果”——“知善恶果”或“智慧果”，触犯了“天条”，被上帝定了罪，赶出了伊甸园，也就是判了“流放”之刑。至于他们被定了个什么罪名，至今不得而知，于是人们姑名之曰“原罪”。

这个“原罪”是亚当和夏娃夫妻俩犯下的。要是根据“罚弗及嗣”的原则，我们这些亚当后裔也就没有任何责任可负了，“罪责自负”嘛。可是上帝太残酷，非“株连”亚当和夏娃的子孙不可，要我们世世代代为他俩赎罪。这大概是我们所听说的株连最广的“判决”了。

我曾反复地思索过《圣经》里的这个关于人类的“原罪”的传说。现在总算理出了一点头绪。

第一，我看到，“原罪”的“犯罪动机”不是别的，而是好奇心，也就是探索未知的心。人之所以为人，人之所以为天地间之最贵者，正是由于这种好奇心。亚当和夏娃之所以决意要尝尝禁果，不是因为饥饿，也不是因为口渴，而只是想证实一下撒旦向他们所

反复介绍的尝禁果以后会发生的种种神奇效果是否真的会发生。[1]这一尝试不要紧，竟犯下了不可饶恕的“罪”，同时也带来了无穷无尽的“痛苦”和“灾难”：喜怒哀乐、是非善恶、生老病死、贪盗欺骗、虚骄诈伪……总之世间一切好坏事物均由此而生，这就是“原罪”的“社会危害性”！简言之，“原罪”带来的惟一“恶果”就是这个无奇不有的人类社会，一个活生生的人类社会！

亚当和夏娃原来生活的伊甸园本不是一个人类社会，那是神的社会。它只不过是人类“社会前状态”的“投影”，且是大大变了形的投影。真正的人类社会是从有智慧、知善恶的人群生活开始的。自从吃了知善恶果（也就是说自从人类有了智慧）以后，大自然就再也不是原来的大自然了。它异化了，它造出了一个它无法得心应手地支配（并且愈来愈难以支配）的人类。人，这个大自然的产物，终于仗着大自然给它的特有恩赐——智慧，竟日渐肆无忌惮地反过来企图占有大自然、支配大自然、作大自然的主宰。这的确是大自然的悲剧：本来一切都是那么自自然然、自生自灭、不声不响、无为而成的“自然”，竟然变得不那么自然了。人的智慧、意志渗透进哪一个领域，“自然”的含义就从那里退出去。智慧的“占领区”日益扩大，“自然”日益不成其为“自然”！从这种意义上讲，人是大自然的第一个叛逆，是第一个“乱臣贼子”。他向生他、育他的自然挑战了，那么，他当然对大自然犯下了“罪”，这就是“原罪”。

第二，在亚当和夏娃的案子终审判决之前，整个宇宙是一个混沌的整体。此前上帝虽然在，但谁也说不清他老人家住在什么地方，或者干脆说他就是自然或宇宙的代名词。自“原罪”判决后，世界一分为二了，混沌一体的世界分裂了。这一分裂是从两重意义

[1] 《圣经·创世记》第二章：蛇对夏娃说，吃了果子，“你们不一定死，因为神知道，你们吃的日子眼睛就明亮了，你们便如神能知道善恶”。

上说的。一重意义是：天国世界和人间世界的分裂。天国世界是理念的产物，是理想状态的憧憬和设计，那无疑是人类智慧的第一个结晶，因为动物界是无所谓理想状况追求的。从亚当和夏娃流放之日起，也就是从人类的智慧萌芽之时起，人们就创造了一个天国世界。从此之后，我们只能说世界是一种天国与人间、物质与精神、现存与理想的统一（统一不是原来的"一"）。应该说，是亚当和夏娃及其子孙们创造了上帝，并成功地把他老人家"流放"到天国去了。"您去支配你的天国，我来支配我的人间，您不要处处管我!"——这才是《圣经》"创世记"神话中关于人与上帝订立契约的传说的弦外之音。[1] 这毋宁是人类祖先的第一份庄严的《独立宣言》。其意义比华盛顿领导下的北美13州脱离英帝国而自成一个"美利坚合众国"的那份宣言重要千百万倍：人类从此脱离"自然大帝国"而独立了！从这种意义上讲，混沌的世界又分裂为二了：一个自然社会，一个人类社会！世界再也不是那个混沌的"一"（即我国先哲老子讲的"与群兽居，与万物并"）或"至德之世"了，它一分为二。这就是另一重意义上的分裂：自然世界和人类世界的分裂。自然与人类的分裂，是祸是福，是喜是忧，未可预卜。然而，就打乱了原有的秩序或状态而言，这就是"恶"，就是"罪"，因而人类犯下了"原罪"。上帝（其实是创教的先贤）先给你一个有罪判决再说。就是错了，日后再"平反"还来得及。今天，如果上帝仍有灵在天，是应主持公道为我们的祖先"平反"的。

第三，亚当和夏娃犯罪是有一定的"社会根源"的。如果不是

---

[1] 上帝现在害怕人类了。《圣经·创世记》第三章，耶和华神说："那人已经与我们相似，能知道善恶。现在恐怕他又伸手摘生命树的果子吃，就永远活着。"所以，要把对自己构成威胁和挑战的人类赶走。上帝"赶走"人类，正是人类赶走上帝的变相记载。

魔鬼撒旦（蛇）的谗言诱骗，他们是不会偷吃禁果的。魔鬼撒旦是什么？它和它的邪恶是不是上帝有意造的？上帝为什么管不住它？至今不得而知，“文献不足征故也”。如果是上帝造的，上帝何必制造这么一个邪恶？[1] 如果不是上帝造的，那么，跟上帝是什么关系？是先有他还是先有上帝？如果说是先有上帝，那么，毋宁说是在人类未始之前就并存着两个上帝，一个是耶和华，另一个是撒旦。如果说是先有撒旦，那么，毋宁说是魔鬼创造了上帝。总而言之，如果说上帝就是人类的总投影的话，那么，撒旦就是“上帝”（人）之外的那一切呈对立状态的“外在之物”的投影。也就是说，是整个物的世界的投影。《圣经》的这个传说，暗示了人与物的世界的对立，显示了先民们对物的世界的矛盾观念：物既可诱人，使人获得享受，使人忘形，但它又是使人堕落的“恶魔”。这正潜藏一种对立观念。从前与大自然混为一体时期的“人”（那不是真正意义上的人）是不会对物的世界有这种异己感的。所以，从这种意义出发，不是上帝判了人类祖先的“原罪”和“流放”之刑，而是人类自己向自己下了个“罪己诏”。是啊，当人在毫无先例可援的情形下得到了一种莫名其妙而又不忍释手的利益时，他自然而然地会感到惶惑不安：这种利益我应该得到吗？没有人帮他解答。于是他自然而然会产生一种“罪恶感”，并把那些承载利益的物也一概看成是“恶”。人类不期而然地得到的这种莫名其妙而又不忍释手的利益就是智慧，而诱发智慧的竟是撒旦和那个果子——也就是自然物。先民们得到了智慧之后的那种惶惑而自认为是犯下了罪的感情，各大宗教的经典中的传说都有证可稽。于是乎反复地叨念：“我犯下了不可饶恕的罪”，或许能使心里的不安稍平静些，也为自己日后继续享受这些利益或继续犯“罪”找到了一些理论依据：反

---

[1] 《圣经·创世记》第三章说：“耶和华神所造的，惟有蛇比田野的一切活物更狡猾。”因此，蛇应该是上帝第六天造的。

正我已经知罪并忏悔过了。于是就有了忏悔的宗教。原始宗教既是人对大自然尚存在的淫威惶惶然不可理解的产物，也是先民们对自己为什么会有智慧，为什么会有别于自然，为什么会有别于其他动物这一事实惶惶然无法理解，因而滥用自己的智慧，放纵自己的智慧恣意驰骋的产物。

第四，谁最容易犯罪？弱者、缺乏独立人格者最容易犯罪，邪恶最容易首先攻破他们。蛇最先引诱夏娃，而不是亚当。最先经不住诱惑而偷吃禁果的是夏娃。夏娃是用亚当的肋骨造出来的，这意喻着她没有独立的人格，是弱者，是应当受亚当支配的。最先犯罪的是她，所以，上帝对她的原罪加了一重“原罚”：“我必多多增加你怀胎的苦楚，你生产儿女必多苦楚。”[1]

这就是《圣经》中的“原罪说”给我们的启示。

应该说，从法学角度看，原罪说是对人类终极犯罪原因的最初的探讨，它解说了犯罪的最初诱因，解说了最早的权威的来源，解说了法律制度产生的必要性。就是说，如果没有人和物世界的分裂，如果没有精神世界和外在世界的分裂，就根本不必要也不可能有犯罪，也就根本无所谓是非善恶，也就不必有法律制度。既然上帝把人类放逐到了这个是非善恶、真美假丑无所不有的世界，而且他把这个世界的治理权交给了人类，那么，我们就得有足够的条法章程去管理。从前我们全生活在上帝的秩序之中（在伊甸园、天国），那时我们只要接受上帝的秩序就够了。现在呢，我们既在又不在上帝的秩序之中（只是相对地在，而不像从前那样绝对地在），于是我们得有自己的秩序。维持秩序的规范，哪怕仅存于人们的心中而印证诸行动（并有强力保证执行），就成为法的规范。最初的犯罪，可能大多是人因物而犯罪，不是人对人的犯罪。所谓人因物犯罪，就是人不正当地取得了自己不应该得到的东西，如不当取得

〔1〕《圣经·创世记》第三章。

食物、兽皮之类，这就被人们视为罪恶。也许这种不当取得可能会酿成争斗，于是需要有公共权力的代表者来做出裁决以制止这种争斗的扩大。所以，《圣经》中的“偷吃禁果”传说似乎是这一史实的变相记载，因为“原罪”的事实是亚当和夏娃未经有权者同意偷偷取得了不应当得到的东西，而不是由于他们之间吵架或斗殴。

二、“摩耶”（幻）与印度哲学中的“原罪”观

印度哲学特别是宗教（印度教、佛教）哲学中，也用它特有的“原罪说”记载了上述世界的分裂和法律制度产生的过程。商羯罗（约公元788年—公元820年），这位古印度的“亚里士多德”，他是用“幻”的概念来表现精神世界和物质世界的分裂及最初的犯罪产生过程的。他和他所代表的那个哲学派别“吠檀多派”（该学派的哲学是后来印度教、佛教的思想基础）都认为，世界是一个整体，它就叫“梵”；除梵之外，什么也没有。人的灵魂（“我”）在本质上与“梵”是同一不二的，此即所谓“梵我同一”。这有些近乎中国的“天人合一”，但貌合神离。“梵”是什么？它是一种绝对的不可言状的存在，有些像黑格尔的“绝对理念”。整个物质世界，不过是“梵”的幻现。[1]“梵”是绝对的真、善、美，而作为它的幻相的物质世界（包括人）则是真善美假恶丑兼而有之。

绝对完善的“梵”为何要幻变成人类所能感觉到的这个客观世界呢？不，不是“梵”主动要幻变成万物，而是由于人的幻觉才把“梵”幻觉为万物，这种使人幻觉到“梵”的力量叫“摩耶”（maya，幻），这个“摩耶”，是在“梵”之中还是在“梵”之外？至今也不得而知。它的地位，真有些像魔鬼撒旦之于上帝。正是这个“摩耶”的支使，才使人们把惟一的、绝对的、真实的、至美至善的存在——“梵”，感觉为千变万化的、相对的、假的、掺杂着

[1] [印] 德·恰托巴底亚耶著，黄宝生等译：《印度哲学》，商务印书馆1980年版，第106～107页。

丑恶的物的世界。至于这种“幻”（摩耶）为什么会起作用？印度哲学认为，那是由于人本身的“无知”（也就是后来佛教哲学的“无明”或“痴”）。什么是“无知”？就是一种认识真相的障碍，正像亚当和夏娃为什么竟会听信撒旦的谗言时所因的那个好奇心一样（那是另一种“无知”）。这个“无知”是怎么缘起的？正像亚当的好奇心如何缘起一样，无从解释。这个“无知”和那个好奇心一样是“原罪”的“动机”。正是由于这个“无知”，才把一个混沌一体的至善至美的“梵”（世界）分裂成一个潜在的仍然是至美至美的“梵”世界和一个外在的充满着贪嗔、欺诈、狡伪、争斗的人欲横流的世界（亦即佛教四圣谛中的“苦”）。所以，把“梵”幻觉成客观世界，这就是印度人的“原罪”。这跟西方人的那个不经上帝同意就擅自取得了“智慧”的“原罪”比起来，同为原罪，意义却不大一样。

第一，西方的“原罪”是祖宗犯罪，后世并不重犯，只是受了株连而已；而印度人的“原罪”是世世代代的每一个人都要无穷无尽地重犯下去的，并不是先祖犯罪而后世受株连。

第二，原罪犯罪动机，西方是好奇心，印度是“无知”；一个是积极进取的探索，一个是消极的逃避（而且躲避“无知”但躲避不及）。

第三，犯罪的社会根源，一个是撒旦的赤裸裸的哄骗，一个是一种不可言状莫名其妙而又无法躲避的“摩耶”的驱使。

第四，西方的“原罪”带来了一个活生生的世界，而印度的“原罪”带来的是一个虽然是虚假的、幻相的，但是人们又不得不置身于其中而身受其害的苦难世界。

两相比较，西方哲学和印度哲学，两种气氛、两种人生态度，如此悬殊。所以，西方哲学和宗教号召人们进取、奋斗、建功立业以向上帝赎罪，印度哲学则号召人们出世、逃避，最好是达到那种心如死灰的境界——“瑜珈”（“入定”、“入静”）。

三、"人欲"与中国哲学中的"原罪"观

现在我们把话题转回到了中国。

中国古代宗教中似乎没有原罪说。以达到与宗教相同的目标为宗旨的早期中国哲学，似乎也没有什么"原罪说"。但话又不能说绝对了，如果把"原罪"解释为"与生俱来的邪恶"，那么，中国的"性恶论"、"人欲论"也便是"原罪说"了。

现仅举荀子为例，即可见先秦之一斑。荀子认为好声色、好逸乐、好利恶害等是人与生俱来的恶的本性，这种本性如果不加以节制，就会产生犯罪。而节制的办法就是礼乐教化与刑罚并用。[1]《慎子》、《尹文子》、《商君书》所一再使用的那一个"一兔走，百人逐之"的比喻，正好作了荀子的注脚，人性本好争利。所以，最初的犯罪就是对物的争夺引起的争斗，这也与前面所说的"圣经"传说中的原罪是吃不应吃的食物有些相似。法于是应运而生，应"定分止争"的需要而生。

再看汉儒董仲舒，他也认为"夫万民之从利也，如水之走下，不以教化堤坊之，不能止也"。[2]这也是承认人之好利恶害本性如水之从高向低流的本性一样是自然的、生来就有的。然而这都不像严格意义上的原罪说。

直到佛教传入中国并深深地影响了中国哲学后，在程朱理学和陆王心学中才有类似原罪说的理论出现。朱熹认为，世界本来是一个至善至美的混沌一体的"理"（或叫"太极"、"无极"、"道"）。后来（不知为了什么目的?）分化成了阴阳、五行、万物。但在每个客观物里（哪怕是粪便里），都包含了"理"，都是"理"的体现。而且它们不仅仅是理的一部分，而是理的整体，这叫做"一物一太极"。也就是说，这个真、善、美、假、恶、丑兼而有之的大

[1] 《荀子·性恶》。
[2] 《汉书·董仲舒传》。

千世界，只是从一个至美至善的“理”变来的。“理”在变化为万物（包括人）的过程中，究竟怎么地突然加进了邪恶的内容，至今不得而知。人也是“理”变化来的，是一个完整的“理”的承载物，人性就是“理”，所以人性无恶。但人为什么会有贪、痴、愚、暗，为什么会有犯罪呢？那是因为人的气禀不同。有的“理”在形成人的过程中，得到了一团清明的“气”，于是一个好人诞生了；有的“理”呢，碰到了一团污浊的“气”，于是一个坏人诞生了。[1]禀得了污浊之气的人，于是有了“不明”，有了“物欲”，于是就可能犯罪。但我们至今也弄不明白，一个整体的至美的理为什么要化出两种不同的“气”来。那一份污浊的气原先在何处？在“理”中吗？那么，“理”便不复为至善的完美的“理”；在“理”外吗？那么，“理一元论”就被打破了。朱熹说：“盖人心至灵，有什么事不知，有什么事不晓，有什么道理不具在这里。何缘有不明？是为气禀之偏，又为物欲所乱，如目之于色，耳之于声，口之于味，鼻之于臭，四肢之于安佚，所以不明。”[2]但他怎么也解释不了“气禀”为什么会“偏”，“物欲”从何而来。

朱子的这个“不明”，有些像印度的“无明”；而那“污浊之气”，有些像撒旦和“摩耶”。所以，中国的“原罪”就是“物欲”，也就是由“不明”、“气禀之偏”引起的对物的不正当的欲求。尽管这种“不明”有少数圣贤可以逃脱，但“物欲”为绝大多数人所共有这一事实是朱子毫不否认的。所以，除少数几个圣贤以外的所有人都要“存天理、灭人欲”。“灭人欲”的“灭”用在这里，就是暗示“天理、人欲”，二者是并存于人心的，只是要存一去一。要是“人欲”不是内在而是外在，那么，只能说“存天理拒人欲”了。但这又说不通：既是人欲，必不可在人外。中国的“原罪”带来的

---

〔1〕《朱子语类》卷四。

〔2〕《朱子语类》卷一五。

便是这个人欲横流的世界。赎罪办法在内心的反省："格物致如、正心诚意。"这里与印度、西方作一番比较也是很有趣的：

第一，中国没有一个审判官上帝，所以，人类也不必受流放之刑。人自己就是上帝，自己良知上可以审判自己的邪恶（印度的"梵"，实际上也是一个上帝，不过没有西方的上帝那样清楚的人格）。

第二，中国人对物的世界，既没有像西方人那样正视，也没有像印度人那样绝对否定。毋庸说，"物欲"只是"奢侈"的追求。即朱子所说"饮食，天理也；好美味，人欲也"。[1]

第三，同是由于"无明"或"不明"，印度人因之而虚幻地把"梵"感觉为世界，中国人则因之追求物的奢侈享受。中国的人世精神于此可见。西欧人根本不承认人有这种与生俱来的邪恶的认识障碍，相反是由于他们吃了知善恶果以后排除了原来的混沌无知，变得聪明了、智慧了。

四、"原罪"说、法律与宇宙观

中国、印度、西方都承认有一种支使人产生"原罪动机"的外在力量：撒旦、摩耶、污浊之气。这是不是人类对物的世界的那种异己感的最好注释？是不是人们在潜意识中都不期而然地感觉到了人是大自然的异化，而人的创造物（包括国家和法律）又是人的异化？万能的至善至美的上帝造出来的亚当和夏娃，身上竟包含一种可恶的好奇心，一种连上帝都讨厌但又控制不了的人的本性；他造出的蛇竟如此狡猾作恶；万能的至善至美的"梵"所幻现出的人的躯壳，其中竟会包藏那可恶的连"梵"也无法预先消除的"无知"（"无明"）。万能的至美至善的"理"、"太极"竟然也奈何不了那不知从何而来的"污浊之气"、"不明"。

整个世界的不可捉摸的异化，先民们是这样有趣的记载下来

---

〔1〕《朱子语类》卷一三。

的。这是不是国家和法律制度异化的一种写照？可能是。国家和法律，是人造出来的，是为了达到人类幸福、和谐的目的而造出来的，但人却无法得心应手地支配它们。反过来，这个瓶中怪兽，竟屡屡危害人类。这就是中国哲学家老子和庄子等人所指出的：“智慧出，有大伪”、[1]“以智治国，国之贼”、[2]“法令滋彰，盗贼多有”、[3]“为之斗斛以量之，则并与斗斛而窃之；为之权衡以称之，则并与权衡而窃之；为之符玺以信之，则并与符玺而窃之；为之仁义以矫之，则并与仁义而窃之。”[4]

“原罪说”之于宗教，就如来世说一样重要，否则无法解释人世间的痛苦的原因，无法说明人类修行的必要性。“原罪说”之于法律（古代法律）似乎也有基石的意义：苟无原罪，后世一切犯罪缘何而生？苟无原罪，你怎么能解释人有种向犯罪的利益靠近的自然趋向？你怎么能解释有人犯罪有人不犯罪？苟人都生而完美，置法何用？一切制度文明何用？要军队、警察、法庭干什么？这一点有待更进一步的思索。

通过对三个地域里的哲人们对于人类罪恶最原始起源的那些深沉思考的思考，我感到：“原罪说”中体现了古人们企图把本来是多元的世界糅合为一体的努力。世界本来是多元的，是真、善、美、假、恶、丑并存的，是物质与精神并存的，是人与“魔鬼”并存的，是“天理”和“人欲”并存的，是“梵”和“我”并存的，但为什么哲人们要那么着意地去“统一”这个世界呢？为什么他们要尽力地去掩饰这实实在在的分裂呢？（西方人也想把万物统一在上帝之下，他们的“一元论”的努力也是明显的。我以为，这体现

〔1〕《老子》十八章。
〔2〕《老子》六十五章。
〔3〕《老子》五十七章。
〔4〕《庄子·胠箧》。

了古人们对日渐复杂的人间世的不安和思考，体现了他们对往古那“与群兽居、与万物并”的混沌一体的世界的留恋。在法律上说，表现了人们日益增强的不可支配的异己感。法律，进而整个文化，是人的异化还是人的完善？是马的蹄铁还是人的御寒之衣？人到底是什么？人性到底应该是什么？人应该追求什么？是应该前进还是复归？前进向何处？复归于何处？——“原罪说”是关于这些潜意识里的问题的种种解释的一种。

请原谅我对“原罪”一词作了相当偏离经院传统的解释。愿上帝宽恕我这个无神论者对他的不恭。

第二章 “法自然”与“自然法”:中西比较

真正的法律是什么？它最终来自何处？自很早很早的时代起，人们就进行了认真的思考，做出了种种回答。西方人的回答中，最典型的是“自然法”说；中国人则以“法自然”说最为著名。二者虽然是就同样的问题所作的解答，说法也有些相似，但实质上差别极大。有些学者将二者混为一谈，[1]实在是有欠思考。

一、西方“自然法”学说的两大核心内容

“自然法”论是西方法学史上自古至今一条从未枯竭的思想河流（虽然有涨落之异）。它大致经历了四个阶段。

古希腊罗马的自然法思想为第一阶段，亚里士多德、西塞罗等人为主要代表。他们最早把法律分为“自然法”与“人定法”。认为“自然法”是人的“自然理性”（它是上帝赐给人类的判断真伪、善恶、美丑、是非，并主动选择真善美是人的灵性、智慧本能或良知）的体现，认为“人定法”必须符合“自然法”，并特别强调人的理性是法律的本质或源泉。

以奥古斯丁·阿奎那等人为代表的中世纪神学自然法思想是第二阶段。他们特别强调真正的法律即自然法就是神的意志、神的智

---

〔1〕 持此说者主要是三四十年代的法学家以及现在台湾地区的法学家。如王振先生的《中国古代法理学》（商务印书馆 1925 年版），耿云卿先生的《先秦法律思想与自然法》（商务印书馆 1973 年版）和王洁卿先生的《中国法律与法治思想》（三民书局 1982 年版）均将老庄及孔孟荀朱的“法自然”、“法天”、“无为”、“天命”、“天理”等思想一概称为“自然法”思想。目前祖国大陆法学界也有人开始重提出这一观点。

慧；人定法不过是人们把自己所理解的神意书面化、规范化；服从神意即服从自然法是人的义务。这一阶段似乎并没有谁十分强调真正的法（自然法）来自人的理性（“自然理性”）。而是认为自然法直接等于神意本身；只是因为人类具有上帝赋予的理性，这个与神相沟通的灵性、纽带，人们才得以像收音机接收无线电波般地感受到神意（即自然法）的存在并乐于服从它。

以格老秀斯、洛克、斯宾诺莎、孟德斯鸠、卢梭等人为代表的17世纪、18世纪古典自然法思想为第三阶段。其特点是：从人的“自然理性”说出发，特别强调人的“天赋权利”或“自然法的权利”，强调国家和世俗法律（人定法）来自“社会契约”——平等的、具有“自然理性”的个人之间的相互约定。此时的“自然法”充满“天赋人权”、“人生而平等”、“民主”、“自由”、“博爱”等新观念，这是前所未有的新气象。

第四阶段是20世纪以来的“新自然法”思潮。以美国法学家富勒和英国法学家菲尼斯为代表。这似乎是以怀古的形式进行法理学上的又一场革命。

这四个阶段的“自然法”学说，形式上虽然很相似，内容上却颇不相同。把“法自然”与“自然法”说画等号的人们，不知是与哪个阶段的“自然法”说画了等号。

当然，“自然法”说虽然有上述阶段性差异，但却有两大核心内容自始至终贯穿其中。这两大核心内容是它的灵魂（这似乎是中国法理学中从未有过的）。

（一）“自然法”与“人定法”的两分法

最早进行这种划分的大概是柏拉图和亚里士多德。他们认为，“自然法”基于人类的自然状态而自生，无须人们制定；“人定法”是人们有意制定的。二者分别体现“自然正义”和“法律正义”。自然法高于人定法，是人定法的制定标准和依据，人定法是自然法的实现。

西塞罗继承了这个两分法，认为至善至美的自然法是衡量一切人定法是非的惟一标准。“最高的法律（自然法——引者注）是万世存在的，发生于成文法（人定法——引者注）未制定、国家未成立之前。”[1] 奥古斯丁认为，“上帝指出他所要求的秩序和规定的标准”，这就是永恒的法律或叫做自然法，“它是永远公正的”。[2] 自然法必须通过人定法来实现，人定法是用来控制那些失去理性而不能节制自己的人以保护和平或秩序的。托马斯·阿奎那把法律分为“永恒法”（上帝统治整个宇宙的法律）、“自然法”（上帝用来统治人类的法律）、“神法”（圣经）、“人法”（人类依自然法而订立的法律）四类，但实质上还只是“自然法”与“人定法”两分法。因为在他那里，“自然法”只是“永恒法”的一部分，而“神法”（圣经）又不过是文字记载了的“自然法”。

古典自然法学派的格老秀斯、洛克等人认为，国家与法律本质上只是一种契约或约定，它有善恶之分。人定法必须符合自然法，否则便是恶法，或简直不算是法。

几乎所有的自然法论者都持这种两分法。这当然不是无谓的游戏。如果不作这样的区分（如果将人定法等同于自然法），那么，对现行法的一切疑问、批判都将成为大逆不道，因为神意和“自然理性”，“自然法则”永远是善的。假定在世俗法律之上有这么一个至善至美的“法律”存在，谁都可以拿这个“法仪”去检验“王公大人所为刑政”，去批判现行法，使立法越来越向合理化方向发展，

[1] [古罗马] 西塞罗：“法律篇”，载《西方法律思想史》，北京大学出版社 1983 年版，第 59 页。现在的新译本把这段话译为：“让我们对法进行论证时从那条最高的法律开始，它适用了所有的时代，产生于任何成文法之前。或者更确切地说，产生于任何国家形成之前。”参见 [古罗马] 西塞罗著，王焕生译：《论共和国论法律》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 190 页。

[2] [古罗马] 奥古斯丁：《上帝之城》第 19 卷第 15 章。转引自《西方法律思想史参考资料》，北京大学出版社 1983 年版，第 93 – 94 页。

使专制君主的“口含天宪”的权威有所限制，使立法越来越趋于民主化、人道化、自由化，这大概就是“自然法”论者的真正意图所在。在这一理论下，任何人定法都不可能被神化为神的指令［如《尚书·皋陶谟》“天敕（赐）五典”之说］，因为有人的“自然理性”介于其中，谁都可以用这把尺子去度量，而无须无条件地、盲目地相信和服从。“自然理性”属于每个人，每个人都可以据此识辨真伪、善恶。正因为如此，在西方，即使在最黑暗的中世纪，教父们也很少将人定法律神化，他们也常讲到人们有“自然理性”可以识别善恶，也常讲到“自然正义”、“自然平等”（如所有的人在造物主面前平等），反对君主暴政。简言之，这种两分法体现的是一种以（有理性的）人为中心的人文精神而不是人作神之奴仆、羊羔的神文精神（中世纪基督教全盛时程度上有异）。

（二）理性即“自然”

“自然法”又常被称为“理性法”、“自然法则”、“自然正义”。在自然法论者看来，它不过是理性（或称自然理性）的推论。对于自然法论者来说，“自然”当然不是简单的指自然界，而且意指一种精神。他们认为，对于人类来说，理性就是自然：理性是人的自然（宇宙万物是物的自然）。或者说，自然的灵魂，自然的本质，就是理性。所以，“自然法”当然不仅仅只有程序上的意义（从自然产生的法或自然而然存在的法律），而且是具有实体的、价值判断上的意义。这种“自然”，荷之于人就叫做理性或自然理性，存于神就叫做神意。对于人，它是一种进行推理、判断以识别真伪、善恶、美丑并选择真、善、美的能力和智慧，是不以个人的意志为转移的客观存在，是生而有之的，简直是本能，因而可以说是自然的，或者说这就是人的自然。它是人超出其他所有生物并与神沟通的关键，是人神间的桥梁。因此，“不可杀人”、“不作伪证”、“物归原主”、“不可偷窃”、“生活应有节制”等“自然法”的内容，被视为理性（自然理性）的推论，被视为善的法则。

几乎所有的自然法论者都特别强调这个“理性”。在亚里士多德那里，它被叫做“理智”。他认为“理智”是一切法律的基础或本质，“自然正义”基于人的“自然本性”（理性）而生，体现于自然法。西塞罗认为，国家与法律正是基于理性这种人的自然本性而发生的。这种理性是生而有之的、普遍的、永恒的，自然法正是它的体现：“法律是最高的理性，是从自然生出来的”，这种理性，当在人类理智中稳定而充分地发展了的时候，就是法律（自然法）。“理性”又是上帝赋予的：“人是上帝赋予的各种活的生命中惟一具有理性和思维的生命。”理性还是人与其他动物的根本区别之所在：“人之所以能超越禽兽，是因为人都具有发达的智力和能够进行推理、判断直至取得结论的本能。”[1] 此本能加智力，即是所谓理性。阿奎那更明确地指出，决定法的性质的是人的理性：“理性有从意志发展到行动的能力。因为理性可以依据某种目的被希求这一事实，指挥一切力量去达到那个目的。可是，如果意志要想具有法的权能，它就必须在理性发号施令时受理性的节制。”[2] 理性的内容，在他看来，就是法的本质或准则，也就是自然法。格老秀斯认为，“自然法是真正理性的命令”，它的效力不靠权威。凡是有理性的人类，都会自觉受“自然法”支配。他更认为，上帝虽然曾以他的意志启示过人类，但上帝在理性上与一般人无特殊差异！所以，即使没有上帝，人类自己的理性也能充当人的一切行为的向导。在这里，理性已经被抬到了比上帝还崇高的地位了——这简直可以称之为“理性崇拜”。他明确地指出，自然法的特质（本质）就是理性，人定法的本质是意志。“自然法之母是引导人类需要社会生活

---

〔1〕以上引文均为《法律篇》语，转引自《西方法律思想史参考资料》，北京大学出版社1983年版，第64～66页。

〔2〕《阿奎那政治著作选》，商务印书馆1981年版，第104～105页。

的人性（理性）。"[1] 洛克也认为，人类自始以来遵从着一种不由任何人制定的、至善的"自然法"，也就是"理性"，"理性，也就是自然法，教导着有意遵从理性的全人类：人们既然都是平等和独立的，任何人就不得侵犯他人的生命、健康、自由或财产。"[2] 这就是自然法的基本内容，也是理性的基本推论。孟德斯鸠也认为："法律（自然法或符合自然法的人定法）……就是人类的理性，每个国家的政治法规和民事法规应该只是把这种理性适用于个别情况。"[3] 由上述论点可以看出，"理性"在自然法论者的体系中是何等重要：理性就是自然，理性产生自然法，理性就是人性的根本。所以，又可以说，是人性产生出自然法。自然法是人法，就是人道之法，就是理性法。

二、中国"法自然"思想之要义

"法自然"是道家的用语，这里借用为一种中国法理观念的概称，这就是效法"自然"、以"自然"的固有"规律"、"真谛"作为人类社会生活的根本法则的观念。这种观念几乎是中国古代各派思想家共有的。《老子》讲"人法地，地法天，天法道、道法自然"，[4] 如果简单地翻译过来，就是"人要以自然为法"。《庄子》讲"依乎天理，因其固然"，[5] "天理"就是"自然"之真谛，"依"就是"法"（动词）。孔子称赞尧："唯天为大，唯尧则之"，[6] 赞赏尧的"则天"（以天为法）主义，也是"法自然"的

---

[1] [荷] 格老秀斯：《战争与和平法》序言第六节，转引自《西方法律思想史参考资料》，北京大学出版社1983年版，第139页。

[2] [英] 洛克著，叶启芳、瞿菊农译：《政府论》下篇，商务印书馆1981年版，第6页。

[3] [法] 孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》上册，商务印书馆1981年版，第6页。

[4] 《老子》二十五章。

[5] 《庄子·养生主》。

[6] 《论语·泰伯》。

意思，因为“天”即“自然”。《诗经》主张“不识不知，顺帝之则”，[1]这里的“帝”，就是天或自然，“顺”就是效法。《墨子》主张“以天志为法而顺帝之则”。[2]其意相同，并且有了意志化的“天志”这种“自然法”的明确规则本身。韩非子说古之圣王“望天地，观江海，……守成理，因自然，……因道全法”，[3]也就是依照自然固有的道理制定了法律；董仲舒主张君主应“法天之行”、“法天而立道”，[4]班固更明确地认为是“圣人因天秩而作五礼，因天讨而作五刑”。[5]类似的论点不胜枚举，我姑且通称之为“法自然”的法理学观念。不过，在不同的思想家那里，“自然”的本质、真谛不大相同，如道家的“自然”实即虚无、无为，儒家的“自然”实即伦理。因为儒家思想在传统中国社会中的独尊地位，于是我们在分析“法自然”观念时不得不以儒家及其后继者的理论为主要对象。

中国的“法自然”观念虽然人有其异、代有其异，但至少也有两大内容是自始至终贯穿其中的。

（一）“天人合一”、“人副天数”

“天人合一”、“人副天数”的说法似乎到董仲舒时才有，但这种观点却是由来已久的。例如，《老子》说“含德之厚者，比于赤子”，要人们“和其光，同其尘，是谓玄同”。[6]就是说要与大自然浑然一体，根本没有物我之分。这种哲学主张的前提就是认为人本来就是大自然的一部分，而且是与其他部分毫无差别的一部分。《诗经》要人们“不识不知，顺帝之则”，也是要求人们不由自主、

[1]《诗·大雅·皇矣》。

[2]《墨子·明鬼中》。

[3]《韩非子·大体》。

[4]《春秋繁露·离合根》和《汉书·董仲舒传》。

[5]《汉书·刑法志》序。

[6]《老子》下篇。

不知不觉地与大自然合一，听任自然。只是到了董仲舒才作了更明确的强调，董仲舒说："人受命乎天也……惟一能偶天地：人有三百六十节，偶天之数也；形体骨肉，偶地之厚也；上有耳目聪明，日月之象也；体有空窍理脉，川谷之象也；心有哀乐喜怒，神气之类也。观人之体，一何高物之甚而类于天地。"[1] 此处的"物"当指单数的自然动、植物，而"天地"，实指整体的自然。在他看来，人是自然的一个副本，一个缩制件，"以类合之，天人一也"。[2] 直到程颢、程颐，还是"天人未始有二"、"道未始有天人之别，天地人只是一道"。[3] 即是说，自然秩序也就是人的秩序（社会秩序），二者根本不应有别；天（自然）的法则也即是人的法则，二者也不应有什么区分，都是浑然一体。人生活在天的秩序之中，根本不应有"相对独立性"，根本不应有人们自己凭借理性而立的法律，只应"不识不知"地顺从"帝之则"。

"天人合一"是中国"法自然"论的哲学前提——如果人与天（自然）不同（性质不同），那么，人们就没有必要完全地"法自然"了。正因为人的全部（从形体到精神）都与自然相类，所以，人类才应该刻意效法，因循自然，而不应过分自作主张（"刻意"或许已失"法自然"的"无为"、"无心于为"之本意，此处姑且用此二字）。

（二）伦理即"自然"

在传统的中国人看来，自然的本质或灵魂，不是（西方人所说的）理性或自然理性，而是伦理，是宗法伦理。中国人要"法自然"，就是要效法自然中所体现的"伦理"，依照自然中早已存在的"伦理秩序"建立或恢复、加强人间的以伦理秩序为中心的社会生

---

[1] 《春秋繁露·人副天数》。

[2] 《春秋繁露·阴阳义》。

[3] 《二程集·语录》二、十八。

活秩序。例如，春秋时郑国的执政者子产说：“夫礼，天之经也，地之义也，民之行也，天经地义而民实则之。则天之明，因地之性，生其六气，用其五行……是故为礼以奉之，……为君臣上下，以则地义；为夫妇内外，以经二物（阴阳）；为父子、兄弟、姑姊、甥舅、昏媾、姻亚，以象天明；……为刑罚威狱使民畏忌，以类其震曜杀戮……”〔1〕这就是说，自然的现象如天地山川雷雨风火之类，其间都存在君臣、夫妇、父子、长幼、贵贱一样的关系，并且是先于上述人际关系而存在的。自然的本质就是这种体现血缘宗法关系的尊卑、贵贱、亲疏的等级秩序，人际的“三纲”、“五伦”关系不过是自然的投影和模仿。董仲舒说得更清楚：“王道之三纲，可求于天”、“君臣父子夫妇之义，皆取诸阴阳之道：君为阳，臣为阴；父为阳，子为阴；夫为阳，妻为阴。”〔2〕自然界的万事万物的排列组合秩序正体现了宗法伦理等级关系，正隐含“三纲”、“五伦”的奥义。汉人陆贾也认为：“天生万物，地以养之，圣人成之……于是先圣乃仰观天文，俯察地理，图画乾坤以定人道，民始开悟，知有父子之亲、君臣之义、夫妇之道、长幼之序。于是百官立，王道乃生。”〔3〕先圣体悟出来的天之“文”、地之“理”原来就是君臣父子、夫妇长幼之尊卑伦理！朱熹更明确、更直接地把这种宗法伦理及其表现形式“礼”看成自然界的根本的、最高的法则：“三纲五常，天理民彝之大节而治道之本根也”、“礼者，天理之节文，人事之仪则”，〔4〕“天（自然）理”也就是“伦理”。

简言之，在传统中国的法理观念中，“伦理”即“自然”，伦理就是人的本质，就是人的自然，是人的本性。违反之，则是悖逆自

〔1〕《左传》昭公二十五年。

〔2〕《春秋繁露·基义》。

〔3〕《新语·道基》。

〔4〕《朱子大全》“延和奏札”、“答曾择之”。

然，戕灭天性。“法自然”实即“法伦理”。所谓“自然法”观念，在中国实际上只是“伦理法”观念，而不是“理性法”。

三、中西法理的歧异及其根本原因

中国与西方在这一法理观念上的歧异，实际上已经很明白了。这歧异不外是两点：一是“自然法”、“人定法”两分法与“天人合一”、“天人一道”的差异；二是“理性”（即“自然”）与伦理（即“自然”）的差异。这两点差异，细细思索一下，会发现一些很有趣的东西。

首先，我发现，西方的“两分法”中体现可贵的人类独立的精神，中国则不然。西方人认为，对于自然，对于上帝，人类是相对独立的，是具有有限的自主权的。自亚当和夏娃触犯天规被贬到人间来以后，上帝管理地球和人类的方式就是与人类订立契约——这才有了《旧约》和《新约》。人类在约定的范围内可以立法定制，管理社会，上帝也不能随意在任何事情上加以干涉。“人定法”这才有了产生和存在的依据：圣经是人与上帝的大契约，人定法是人与人之间的小契约。正因为如此，他们才认为天国秩序和人间秩序完全是两套秩序，不可混同，前者完全受“自然法”（亦即上帝的法）支配，后者受人定法的支配。人定法虽然在指导思想上、原则上要遵循自然法，但毕竟是与自然法完全不等的一个法律体系。

在中国，这种独立精神似乎是不存在的。老子所谓“玄同”，就是要达到与大自然最高程度的混同，也即庄子所说的“齐物我”。《诗经》所说的“不识不知，顺帝之则”，大概也是指这种玄同境界。董仲舒讲“天人合一”，程朱讲“天人不二”，都是不承认人的这种相对的独立或有限的自主。既然没有这种独立，那么，人类当然不需要有一套自己创立的法律制度，当然是“天人一道”、“天人一法”了。人所应做的，只是凭心智、聪慧去体会、发现早已潜藏在他们周围的“帝之则”、“天理”、“天秩”，而不是发明、创造什么法律制度。所以，一套“人定法”体系在中国是没有学说依据

的。在中国根本不存在这种两分法的观念。一切人间法律都被视为“天条”、“天规”、“天宪”（甚至皇帝的话都被叫做“天音”、“天宪”）。老百姓动辄触犯的是“天条”而不是“人定法”。触犯了“人定法”尚可申辩说该条法规不合“理性”，不合“自然法”；触犯了“天条”却毫无申辩余地。中国的恢恢“天网”，比起西方那不十分令人敬畏的“人定法网”，当然更有利于封建专制主义，当然更容易使皇帝和他的臣僚随时“口含天宪”。神化王权、神化专制朝廷的法律，这是封建统治者们惯用的伎俩。

其次，西方的理性崇拜体现极为可贵的尊重作为主体的人的精神，而中国却不然。西方讲尊重人，认为每个人都是有理性的、能独立判断和选择的主体。自然法则、自然正义存乎天地之间，人可以凭理性去发现、去演绎；人可以设计自己的法律制度，使自然正义在人间得以实现。人们不是“不识不知”、浑浑噩噩地接受“自然法”的支配，而是头脑清醒地去认识、理解、选择、实践、发展“自然法”。任何一个事物的善恶、美丑、真伪、取舍，完全用不着任何神灵越俎代庖去替人们判断、选择，“上帝也不能使二加二不等于四，也不能把理性上的恶说成善”，[1] 这是格老秀斯的名言，却体现了自柏拉图以来的尊崇理性的一贯传统。每个人心里都揣着一根神明的尺子，他可以随意地拿出来自主的去衡量一切，而不必受上帝或他人的意见左右，这就是真正的神灵，即“理性”。有了它，人类才有了相对的离开上帝独立生活、自主自治的可能，它与上帝间的脐带才可以剪断，才可以创造出适合自己需要的一套法律体系——人定法。在人和上帝（自然）之间，明显地隔着一个“理性”，它既是桥梁，又是分界线，还是人们自己得以站立起来的手杖和得以分辨一切事物的神镜。

---

[1] [荷] 格老秀斯《战争与和平法》，转引自《西方法律思想史参考资料》，北京大学出版社 1983 年版，第 143 页。

在中国传统法理学中是没有“理性”这个东西的。中国正统学说也尊重人，但却是当做一种没有理性的“东西”，一种客体去爱护、珍惜，不是真正的“尊重”。人和天之间的脐带从未割断过，而且永远是“气脉相通”的。天早已为人安排好了人必须接受的一切，包括为人类规定了善的本性本身，人在天面前是没有选择余地的，也没有自主判断的必要。所以，中国人不需要有“理性”，因为早已有了“善性”。有了善性只能体现伦理、实践伦理；而有了理性却可以探索真理、创造新秩序（人定法的秩序）。有了“善性”的个人，如同很听话、很温顺的动物；有理性的个人，才算是有头脑、有思想、有独立性的人。[1] 几千年来，中国的封建统治者千方百计地以小恩小惠造成老百姓的温顺、没主心骨、没头脑，也就是使老百姓儿童化——“虚其心、实其腹、弱其志、强其骨”。使老百姓没有“理性”，也就是“使人不成其为人”的情形之一。没有“理性”的人们，是没有与上帝签约的能力的，同时也是没有相互之间签约的能力的。因为契约的前提是具有自主的签约者。没有“理性”者是不自主的、不独立的。与“自然法”分离的“人定法”概念不产生于中国，有其固然。

上述法理观念差异的根本原因在于对人的根本认识有差异。这个根本歧异，就体现在“善性”和“理性”的差异上。

在西方法理学中，“理性”为上帝和人所共享，最合理的“法律”和秩序（自然法）又与理性相通；在中国，善的本质是上帝所赐，故也为上帝和人共享，最理想的“法律”，也与善性相通。从这一点看，西方和中国很相似，尤其是善性和理性容易被看成一回事。其实，这二者是貌合神离的。理性是一种智慧品性，善性是一种伦理品性。前者是工具、手段、利器，是用来判断选择的；后者

[1] 列宁说专制制度的本质是扼杀人，使人不成其为人，似乎也应从这一方面去理解。

是结果，是目的。在中国古人那里，这种伦理品性甚至被视为人的本质或本体、核心。例如，《礼记·礼运》说：“礼义者，人之大端也，所以……固人之肌肤之会、筋骸之束也”；《礼记·礼器》说：“礼也者，犹体也。体不备，君子谓之不成人。……礼也者，反（返）其所自生。”这就是说，如果没有“礼”（伦理）这个主心骨或本体，人就会散了架儿，就不成其为人，“礼”是使人返归其本性的；人就是“礼”（伦理）的承载物；只有作为礼的承载物，人才活得有意义和有价值。孟子说人生而有仁义礼智的萌芽——“四端”和“良知良能”，即“恻隐之心”、“羞恶之心”、“辞让之心”、“是非之心”，等等，跟西方人说的“理性”是大不一样的。“恻隐”、“辞让”（一曰恭敬）、“羞恶”三者实即伦理情感（虽然其中含有一些泛人道主义情感）；“是非之心”本应接近西方“理智”的概念，可惜他讲的“是非”不是科学上、事实上的是非，而是伦理上的是非（如孔子以为父隐恶者为是，以讲真话者为非）。在孟子看来，人本质上就是一个“伦理动物”：“人之异于禽兽者几希，庶人去之，君子存之”；[1] 所异的就是那“良知良能”：“人之所不学而能者，其良能也；所不虑而知者，其良知也。孩提之童，无不知爱其亲也；及其长也，无不知敬其兄也。”[2] 这个“良知良能”，仍不过是伦理情感或动物的恋亲本能，而不是“理性”。朱熹也说：“盖自天降生民，莫不与之仁义理智之性矣。”[3] 也认为伦理即人的本性。这种有方向性的善性论（人性善论）[4] 与没有明确方向性的理性论，从对人的基本认识开始，把中国和西方的法理观念引入了两条各自不同的轨道。有理性的人们应该也能够设计自己的法

〔1〕《孟子·离娄下》。

〔2〕《孟子·尽心上》。

〔3〕《朱子语类》卷五。

〔4〕中国古代也有性恶论、兼善兼恶论等，但总离不了明确的方向性（评价性）。并且，占统治地位的总是性善论。

律和秩序（人定法）；只有“善性”的人们应该也只能作上帝的温顺的奴隶，“顺帝之则”。

第三章　中西法观念之比较

说到“法”，西人马上联想到的可能是“权利”、“正义”，犹如骑士得到盔甲，为之兴奋，得到安全感；中国人的条件反射常常是“如见乳虎”，如从悬挂着的利斧下走过。这种差异，并不仅仅是资本主义时代开始后的西方与中国的差别，而是早在前资本主义时代就有的。这就是法观念的差别。本文正是想对这一差别作一初步探讨。

法观念，就是人们对法律这种文化现象的一些根本性问题的认识。什么是法（法的形式、渊源问题）？法的本质是什么？最初的法律是如何产生的（法的起源问题）？法的最基本作用是什么？法的目的是什么？这些问题，任何一个文明民族在其文明初期时不能不做出基本回答，尽管这种回答有时是无意识的。对这些问题的回答，就构成人们的法观念。他们不得不回答的这些基本问题，实即法理学或法哲学的根本问题。所以，法观念也就是法理学观点的核心部分。

在本文里，我想对中国和西方两大法传统中的基本法观念进行基本的比较。我这里所说的西方，是指以希腊文化、罗马文化、希伯莱文化三者合一的文化传统为核心的那个文化圈（包括合一之前）。它对上述问题的回答，自很早时候起就与东方（特别是中国）分道扬镳了。

一、关于法的定义（形式、本质）

法的定义包括两个方面：形式和本质。前者讲的是具有什么样的外观现象，通过什么样的程序产生的规则或文件才算法；后者讲

的是法实质上是什么东西。

关于法的现象或外观，中国古人几乎一致认为，法就是“赏”与“罚”。《韩非子·定法》篇说：“法者，宪令著于官府，赏罚必于民心，赏存乎慎法，而罚加乎奸令者也。”同书《二柄》篇又说：“明主之所以导制其臣者，二柄而已矣。二柄者，刑德也。杀戮之谓刑，庆赏之谓德。”《文子·下德》篇也认为：“君者用六律。……六律者，生之与杀也，赏之与罚也，与之与夺也、非此无道也。”直到明清时代，正统的观念仍然是：“治天下有法，庆赏刑诛之谓也”，[1] “讲法律以警愚顽”。[2] 更有甚者，认为法仅仅是“刑”或“罚”，连“赏”也不要了。例如，《慎子》佚文说：“惨而不可不行者，法也。”《管子·心术上》说：“杀戮禁诛谓之法。”《盐铁论》说：“法者，刑罚也”，“法者，所以督奸。”[3]《说文》说：“法，刑也。”宋人杨万里说：“法不用则为法，法用之则为刑；民不犯则为法，民犯之则为刑。”[4] 明人丘濬则更干脆地认为：“法者罚之体，罚者法之用，其实一而已矣。”[5]

这就是中国古人心目中的“法”。我这里引用的虽然主要是法家或有法家倾向的观点，但代表了中国传统社会的思想主流。因为在这一点上，儒家并没有不同的看法．他们所不太喜欢的“法”，其实就是“刑”。[6] 对中国古人来说，法就是“赏罚”，或者只是“刑罚”。他们所说的“赏”、“罚”、当然包括两个方面的含义：既

---

〔1〕 方孝孺：《逊志斋集·深虑论》五。

〔2〕 康熙：《圣谕广训》，见《圣祖实录》康熙九年十月。

〔3〕 桓宽：《盐铁论》“诏圣”、“刑德”篇。

〔4〕 杨万里：《诚斋集·刑法论》。

〔5〕 丘濬：《大学衍义补》卷一〇〇。

〔6〕 在《孟子·离娄上》中孟子说：“上无道揆也，下无法守也，朝不信道，工不信度，君子犯义，小人犯刑，国之所存者幸也。”在这里，孟子把“下无法守”等同于“君子犯刑”，即把“法”等同于“刑”。

指赏、罚这两种手段（法的实施手段），又指规定赏罚标准、程序、方式的那些规范。有时，他们心目中的“法”仅仅就是刑罚规范和刑罚手段。

关于法的本质，中国古人的观点颇不一致。有人认为，法是人格神（至上神）“天”或“帝”的意志，是这种意志通过某种神秘的途径直接降临人间，支配人类。例如，《尚书·皋陶谟》说：“天叙有典，敕我五典五惇哉！”《尚书》大传说：“奉天之大律。”《诗经》说：“天生烝民，有物有则；民之秉彝，好是懿德”，“不识不知，顺帝之则。”[1]意思都是如此。法就是“天意”或“天志”、“帝命”，其传授途径大概就是“河出图”、“洛出书”之类，也就是《尚书·洪范》所说的“天乃锡禹洪范（大章大法）九畴（章）”。这是比较早的时期的普遍观念。人们进而认为，法是无人格的至上神（自然神）的意志的体现。既然至上神是无人格的，当然不能直接把他的法律文本手授给人类或把他的意志口授给人类，必须借助于人类中的精英——“圣人”对它进行率先体认。例如，《易传·系辞上》说：“是以（圣人）明于天之道，而察于民之故……制而用之谓之法。”《韩非子·大体》篇也说：“古之全大体者，望天地，观江海，因山谷，……守成理，因自然，……因道全法。”董仲舒更明确地说：“王者承天意以从事”，“圣人法天而立道。”[2]班固说得最清楚：“圣人因天秩而作五礼，因天讨而作五刑”，法就是圣人“通天地之心”、“则天象地”[3]而制定出来的。“圣人”在众人之前率先以自己超人的智慧体察或理解到了“天”（自然神）的“意志”、“天”的“规则”、“秩序”；为了人类的共同幸福，他们又及时地把这些意志、规则或秩序用文字、礼仪、制度等形式记载下

[1]《诗·大雅》“烝民”、“皇矣”章。
[2]《汉书·董仲舒传》。
[3]《汉书·刑法志序》，本文所引“礼”、“刑”等字样，实即“法”，下同。

来，并倡导人们去遵守。他们还“代天行罚”，对不遵守者予以一定的制裁。到了宋代，这种见解又被推进了一步，人们进而认为，法律就是至善至美的、作为万事万物的本体或灵魂的“绝对精神”——“理”或“天理”的体现。就是说，法本质上就是宇宙间最崇高、最正确的道理的体现。正如朱熹所说：“法者，天下之理”，“礼者，天理之节文，人事之仪则”，“礼字、法字实理实，日月寒暑往来屈伸之常理，事物当然之理。”[1]这时的自然神已经被哲学化、理性化了。

上述三类观点体现三个不同的认识发展阶段，但其内在精神是一贯的：法是神意的体现。与此相对立，也有一种观点认为，法并不是任何神意。法就是当权者设定的，是统治者制定出来管人的（当然，有时说得好听一些，讲法律是圣人制定出来方便大众的）。但无论怎么说，都明显地表达了这种意思：法是人的意志的反映，而不是天意。例如，《管子·任法》说：“法者，上之所以一民使下也。”《商君书·君臣》说：“古者未有君臣上下之时，民乱而不治。是以圣人列贵贱，制爵位，立名号，以别君臣上下之义。……民众而奸邪生，故立法制为度量以禁之。”《管子·错法》说：“圣人……作为土地、货财、男女之分。分定而无禁不可，故立禁。”这里根本没有讲什么“法天则地”。

这就是中国古人对法下的定义。可以看到，他们在下定义时大多是偶然的、无意识的。直到清末，中国人还未自觉或有意识地对法（为了科学研究的需要）下一个包括形式和本质两方面内容的全面的定义。

与西方比较，中国古代的法定义至少有以下三个特点：

第一，偏重“刑”（刑法规范和刑事手段），忽视法的概念所应包含的其他内容。

---

〔1〕《朱子大全》“学校贡举私议”、“答曾择之”、“答吕子约”。

法律是什么？古希腊智者普罗泰戈拉认为，法律是“政治的技术”，是“治理城市的原则”，其内容是“正义和尊敬”。这种“原则”是居民们“友谊与和好的纽带”，它是宙斯分配给“所有的人”的。[1]古罗马法学家塞尔苏斯认为，“法律是善良与公正之术”(或译为“法则是判断是非曲直的艺术”)。另一位古罗马法学家乌尔比安说：“法律不单是一个特别社会的规则，乃是正义和德行的永远不变的原理的说明。”在古罗马法学家的眼里，“法律所以确定权利、保护权利、而权利乃法律所确定所保护的利益”。[2]中世纪神学大师托马斯·阿奎那也认为，“法律”不外是对于种种有关公共幸福的事项的合理安排，由任何负有社会管理之责的人予以公布。[3]这就是古代西方人的法定义！在他们看来，“法”首先是一种社会管理的手段或方法，它包括民事的、刑事的、行政的规范，包括公法与私法，包括自然法与人定法，包括市民法与万民法。总之，它是一个内容广大的体系，是一切具有国家强制力作后盾的社会行为规范或管理规则的总和。“刑”，仅仅是它的一种实施手段。除刑之外，它还有许许多多的实施手段或途径。除刑法规范外，它还具有极为广泛的内容。例如，在现在所能见到的最早的一部古罗马法典《十二铜表法》中，就有“债务法”、“父权法”、“监护法”、“土地权利法”、“公共法”等内容。虽然其中某些条款仍然规定了“刑”的制裁，但相当一部分条款并无“刑”的制裁规定，而只有罚款、赔偿、还返原物、恢复原状等民事制裁的规定，这已经充分地预示后来的民法与刑法分离、公法与私法分离的进步趋向了。

中国古人给法下的定义从来没有这么宽宏过，他们的定义是十分狭隘的。对他们来说，“法”，要么是刑罚规范，要么是刑罚手

[1] 北京大学哲学系编：《古希腊罗马哲学》，商务印书馆1982年版，第137～138页。
[2] 转引自《西方法律思想史》，北京大学出版社1983年版，第71～72页。
[3]《阿奎那政治著作选》，商务印书馆1981年版，第106页。

段；要么是赏罚，要么干脆只是“罚”。或者还有来得更爽快、更令人毛骨悚然的：“生杀，法者。循度以断，天之则也”，“骨肉可刑，亲戚可灭，至法不可阙也”，“法能杀人而不能使人仁，能刑人而不能使人廉。”[1] 这样一来，法简直就成了杀人工具。尽管也有古人说过，法虽然用刑惩创但目的是为维护大众幸福和安定的，然而由于过分强调法的暴力手段或法的威胁作用，以至于本末倒置，把法的实施手段（赏刑或仅仅是刑）当成了法本身，使得法失去了它应有的（哪怕是虚伪的）和蔼可亲的面孔，变成了一个面目狰狞的怪物。无怪乎中国人一提起它就两股战战、如临悬斧了。西方人刚好相反，他们特别强调法的社会性、公共福利性及合乎科学理性质，千方百计地把法塑造成超阶级集团性的、仁慈人道的东西。

这一差别主要是观念上的。事实上，中国古代除了刑法规范外，也有规定社会管理组织的、民事交往的规范存在，这些规范中的相当一部分并不以刑罚（死、流、徒、杖等）威慑作为其后盾。但在人们的观念上，都不愿意承认这一部分规范是法律，而是把它们称做“礼”。他们认为称其为法律是亵渎它们，因为“礼”是“本”，“刑”（或法）是“末”。

这一差别体现什么呢？我认为，它体现两类民族不同的“人观”之间的精神分离。在西方人看来，人都是具有理性的独立的个人。对他们（这些有理智判断能力和选择能力的个人）只能晓之以理。所以，他们的法定义特别强调法的本质是理性、正义，是权利或公共幸福。在中国古人看来，人都是嗷嗷待哺的婴儿或蚩蚩待教的群氓，无所谓独立人格。虽然也可以承认人有“四端”（仁、义、礼、智的起点）与生俱来，但那只是为了说明教化的可能性，与西方人承认人皆有理性貌合神离。对这种“动物”，当然只能“临之以威”（尽管是出于“爱”心），正如父母对待不懂事的孩子一样，

---

[1] 《鹖冠子·天则》、《慎子》佚文、《盐铁论·申韩》。

“打是疼，骂是爱”。所以，中国人一直十分强调法的威慑作用，有时干脆把法看成“刑”。历来人们论法的必要性时最常讲的一个理由就是：“鞭扑不可驰于家，刑罚不可废于国。”[1] 国家有法律或刑罚，正如父母有鞭子去惩教子女一样。

第二，偏重“用”而忽视“体”的方面；轻思辨，轻逻辑，好笼统。

法是什么？最重要的是要回答它的内在特征或质的规定性，也就是法的本质。这是法定义的“体”的方面。至于法的功能，那是“用”的方面，在定义中是次要的。譬如，我们要回答“武松是什么人”，虽然应该首先回答“他是小说《水浒传》中的一个侠士”，这是“体”；其次再回答“他以在景阳冈打虎等等事迹而著名”，这是“用”。如果不先回答前者，而只是来一通“大郎弟、金莲叔、景阳冈打虎者也”作为回答，那就正如说“刀就是用来屠宰、切菜、砍树、削苹果的工具”一样不着要领。中国古代的法定义正充分地显示着这种特征，它们大多是靠罗列法的功用来解释法的定义的。例如，《管子》说：“法者，所以兴功惧暴也；律者，所以定分止争也，令者，所以令人知事也”，“法者，上之所以一民使下也”，“法者，天下之仪也，百姓所以悬命也。”[2]《盐铁论·刑德》说：“法者，所以督奸。”《傅子·问政》说：“法者，所以法不法也。”又如前引“治天下有法，庆赏刑诛之谓也”，等等，这里下定义的公式是“法是做……用途的。”逻辑学史的研究表明，以列举（甚至穷举）事物的功用来试图给事物下定义，是人类思维低级阶段的特征，这与逻辑学要求的“定义=种差+邻近的属”定义方式差之甚远。

然而，这不仅仅是一个下定义的方式或途径问题，不仅仅是一

[1]《汉书·刑法志》序、《唐律疏议·序》等。

[2]《管子》之《七臣七主》、《任法》、《禁藏》篇。

个下定义的水平高低问题。这种忽视“体”仅重视“用”的倾向，造成了中国几千年来几乎没有什么法学可言的局面（当然还有别的原因）。

要阐明法之“体”，就必须运用逻辑或思辨，就必须研究概念、范畴。以“白马非马”、“有厚无厚”之说为特征的名辩家，虽然曾做过一些努力，可惜由于自己的某些缺陷（如诡辩）而在其他各家的联合进攻下被扼杀了。而且，他们只论及“非马之马”，不曾论及“非法之法”。所谓“非马之马”，就是“马性”或“马的概念”，这是抽象的“马”，并非是任何一匹具体的马的“马”。法也是如此。要给法下一个精确的、科学的定义，就必须抽象出一个既不是民法，也不是刑法、诉讼法；既不是律、令、格、式，也不是例、敕、科、比，但又能把它们的性质全部包括在其中的“法”来。这就是“法性”、“非法之法”、“法之体”。法学和法律的科学化都有赖于这个“体”的研究。只有在“法之体”研究的一定水平基础上，才能创造出一套科学的法的概念体系来，才能创造出法学的科学体系来。所以，这决不仅仅是对“法是什么”或法的本质的回答问题。

对这个“非法之法”或“法之体”，西方人很早就注意到了，很早就作了颇有水平的研究。例如，古希腊智者吕科弗隆说，法律是“一种相互保证正义的约定”，[1] 普罗泰戈拉说法律是“治理城市的原则”（见前引），亚里士多德说，“法律是政治上正义的表现”，“法律是纯粹的理智，是超脱一切情与欲的”，“法律恰恰正是免除一切情欲影响的神祇和理智的体现”，是“使事物合于正义的

〔1〕［古希腊］亚里士多德著，吴寿彭译：《政治学》，商务印书馆 1983 年版，第 138 页。

中道的权衡”。[1] 古罗马法学家西塞罗说，“法律是最高的理性，是从自然生出来的，指导应该做的事，禁止不应该做的事”。[2] 这些观点，都相当直截了当地接触到了“法性”或“法之体”的问题，这是西方法学的良好开端。从此以后，西方人特别注意法的概念、范畴等逻辑的、思辨的研究，因而他们的法学很早就发达起来了。比如，早在罗马法时代，就创造出了包括债、契约、所有权、侵权责任、委托、代理、过错、不当得利、无因管理、监护权、亲权、抵押权等在内的一整套较为科学的概念体系，这是直到清末还停留在“法是用来做……的”定义水平上的中国人所望尘莫及的。

立法要科学化，有赖于法学的研究成果。只有逻辑的、思辨的研究，才真正有助于法学的发展。如果长期停留在只讲“用”不问“体”，只有经验而无理论的阶段，这简直是一个民族的悲剧。只靠法吏进行司法经验的口传心授，法学永远也发达不起来。中国古代恰恰只有法吏而无职业法学家阶层。最早一位有点罗马法学家精神的在野人士邓析，又被当时的执政者杀害了。邓析的“罪过”就是用逻辑的、思辨的方法在执政者的立法上找漏洞、挑毛病，利用法律的漏洞帮人家打赢了许多官司，以致大家都去找他帮忙打官司。执政者害怕了，“于是杀邓析而戮之，民心乃服，是非乃定，法律乃行”。[3] 我常为当时郑国执政者的这一刀掩卷叹息。其实，他完全可以选择对法律进行修改增强法的逻辑性、科学性以堵塞漏洞的办法来对付邓析之辈——而这正是古罗马的办法，也是法律和法学进步的必由之路。不知为什么中国的统治者不会采用这个办法，为什么就不能让一些人“议法”并逐渐加强法的科学性。在这方面做

---

〔1〕［古希腊］亚里士多德著，吴寿彭译：《政治学》，商务印书馆1983年版，第169～170页。

〔2〕张宏生主编：《西方法律思想史》，北京大学出版社1983年版，第58页。

〔3〕《吕氏春秋·离谓》。

得更绝的是商鞅。他不但要对提出了修改法律意见的人"罪死不赦，刑及三族"，甚至对"来言令便者"（讲法律好的人）也"尽迁之于边城"，因此达到了他所理想的效果，"其后，民莫敢议令"。[1] 在中国历史上，除名家以外的所有思想家，几乎都对思辨哲学或逻辑学说深恶痛绝，如荀子说，名辩这东西，"不知无害为君子，知之无损为小人……君子不知，无害为治"。"知之"非但无益，而且有害："王公好之则乱法，百姓好之则乱事。"[2] 甚至连跟名家颇有些亲缘关系的法家（人称法家"好刑名之学"）人物韩非子也说："坚白无厚之词彰，而宪令之法息。"[3] 他们知道，百姓掌握了逻辑或思辨的工具，不科学、不严格的立法就无法生存下去。当政者及他们的谋士们不思用这些工具去努力改进对象（法），而是干脆把工具全收缴了。这就是中国式的"釜底抽薪"办法。几千年来，中国历代统治者都是这样做的。于是，直到清末，还是民刑不分、诸法合体，还是没有一个初具规模的逻辑的概念体系。甚至可以说，在《大清律例》中就根本还没有通行于全法典的一般概念（如侵权行为、过错、债权、所有权等）出现。一切立法，都仅仅是经验的记载（那当然是分类记载，如名例、吏律、礼律、工律、刑律、户律、兵律等），这实际上是把历史上所有的惩治不正当行为的经验按与政府的各部门职权相关联的方法归为六类，如跟户部的查丁、收税工作有关的惩治经验归入"户部"类；跟工部的制造、工商管理工作有关的惩治经验归入"工部"类；等等。这一切，有多大程度的科学性可言呢？经验主义是自给自足的小生产者的顽症，是中国传统文化的顽症。所以，直到清末，中国的法定义仍是停留在"法是做……用途的"笼而统之的水平上，仍然是模糊

[1] 《史记·商君列传》。

[2] 《荀子·儒效》。

[3] 《韩非子·扬权》。

不清的。但他们不知道，洞中方一日，而世上（西方）已千年了。

第三，偏重法的艺术方面而忽视法的科学方面。

西方人将法律称为"政治的技术"、"治理城邦的原则"，认为法律是"免除一切情欲影响的神祇和理智的体现"，是"有关公共幸福的事项的合理安排"（均见前引），是"理性的命令"。[1] 这都是强调法律的科学性，强调理性或理智（而不是感情）是法律的本质。特别是亚里士多德，他关于法律是没有感情的理智的论点具有不朽的意义。他认为，"虽然最好的人们（贤良）也未免有热忱，这就往往在执政的时候引起偏向。法律恰恰正是免除一切情欲影响的神祇和理智的体现"，"凡是不凭感情因素治事的统治者总比感情用事的人们较为优良，法律恰正是全没有感情的"。所以，他把法律称为"最优良的统治者"，主张"法律应当在任何方面受到尊重而保持无上的权威，执政人员和公民团体只应在法律所不及的'个别'事例上有所抉择，两者都不应侵犯法律"。这突出地强调了法的科学性一面。他还作过一个形象的比喻，说法律文本犹如医书，法官理案就像医师查医书给病人看病开处方一样。[2] 在他看来，法律应当像医学著作一样是没有情感的纯粹的理智。这是西方法学的一个良好开端。此后，亚里士多德的思想统治西方正如孔子思想统治中国一样。于是，历代法学家都以强调并致力于提高法律的科学性为己任，反对以情感因素扰乱法律的严格性。甚至以主张用道德标准来不断完善法律为特征的自然法思潮的代表人物，也反对司法官在司法过程中假借道德标准（自然法）来歪曲或抛弃人定法，仍认为法应是没有感情的理智，是纯粹客观（不应受主观影响的）的公道和正义。总之，在西方人看来，法律应当像自然科学如数

[1] 《阿奎那政治著作选》，商务印书馆1981年版，第106页。

[2] [古希腊] 亚里士多德著，吴寿彭译：《政治学》，商务印书馆1983年版，第169页、第163页、第171页、第192页、第169页。

学、物理学、化学、天文学的公理、定则、规律或公式一样客观、稳定，不以人的意志或情感为转移。

中国人恰恰相反。他们特别强调法律的情感因素，强调立法和司法应合乎千千万万个具体场合的“人情”。这实际上也就是强调法是艺术，是情感如何抒发才恰当的艺术。有时甚至把法仅仅当成是艺术，而不承认其为科学。

在立法方面，中国人特别强调“顺人情”、“合人心”。如《文子·上义》篇说：“法生于义，义生于众适，众适合于人心。”晁错说，古圣王治天下，“其为法令也，合于人情而后行之”。[1] 明人薛瑄也说：“法者，因天理，顺人情，而为之防范禁制。”[2] 这里的所谓“人心”、“人情”，也就是大众心理倾向或大众道德心理，任何立法当然应在一定程度上考虑它，因应它，不得过分忤逆它。但是，不可否认，它与社会科学管理的要求常常是有差距的，与时代进步的要求也是有差距的（如每次“变法”开始时，反对的人绝对占多数）。过分考虑大众人情，立法就会损害自身的科学性。商鞅就清醒地认识到了这一点（可惜他又走得过头了些）。他深知“愚者暗于成事”、“常人安于故习”，所以，干脆主张“论至德者不和于俗，成大功者不谋于众”。[3] 事实上，如果过分强调立法必须符合“情”、“俗”即大众道德，想使立法尽善尽美，其结果必然损害法的科学性、逻辑性、一致性、普遍性，使法不成其为法（我国现阶段的那些“上有政策、下有对策”的“立法”正是一个教训）。

在司法方面，中国古人更是特别强调情感艺术，强调在千差万别的具体案件中实现人情或大众道德。因为具体时间、场合、事件里的“人情”是千差万别的，所以宁可把法律弄成千差万别支离破

〔1〕《汉书·晁错传》。

〔2〕［明］薛瑄：《要语》，引自《古今图书集成·祥刑典》。

〔3〕《商君书·更法》。

碎的形态去适应具体案件，而决不愿把千差万别的具体案件统一于严格的、稳定的法律。如《盐铁论·刑德》篇说："法者，缘人情而设，非设罪以陷人也。"故"春秋之治狱，论心定罪，志善而违于法者免，志恶而合于法者诛"。法律在这里竟是如此地一文不值：合法的行为竟要在法外受惩罚，因为行为人"思想反动"。法律简直成了毫无用处的摆设。荀子主张司法应"法而议，职而通，无隐谋，无遗善，而百事无过"，[1]也就是要求司法官不应受"僵死"的法律条文的约束，而应超出法律使千百个具体案件都处理得合乎大众人情或大众道德。《傅子·问政》也说司法应该考虑人情，"刑罚不用情而下从之者未之有也"。朱熹更要求司法者"喜怒哀乐之用，各随所感而应之，无一不中节者"，[2]要"众物之表里精粗无不到"，[3]甚至主张司法官"常屈法以申恩，而不使执法之意有以胜其好生之德，此其本心无所壅遏，而得常行于法之外"。[4]这已经把法律的科学性要求否定殆尽了。

真正的法律应该是科学与艺术的统一。台湾地区学者王伯琦先生对此曾有过精辟的论述。王先生认为，法律与道德的关系正如科学与艺术的关系。二者可以互相渗透、补充，但决不可相互取代。[5]科学追求的是整齐划一，追求"真"，排斥例外，艺术追求"善"、"美"，最忌雷同、划一或一刀切。法律首先是科学或主要是科学，其次才是艺术。或者说，法本质上是科学，但在具体适用中需要一些艺术；艺术仅仅是对它的科学性不完善时的必要补充。这个主次关系决不能倒，科学是法律之"本"，艺术是法律之"末"，决不可本末倒置。但中国古人恰好本末倒置了，他们过分强调法的

〔1〕《荀子·王制》。
〔2〕《朱子大全·尧舜象刑说》。
〔3〕《大学章句·补格物传》。
〔4〕《朱子大全·杂著·大禹谟》。
〔5〕王伯琦：《近代法律思潮与中国固有文化》，台湾"司法行政部"1959年版。

道德内容或艺术方面，以致疏忽了法的科学面。西方人过分强调法的科学面，常常忽略了法的艺术面，这虽也是一个失误，但比起中国人的失误来，他们接近科学多了。他们始终把主要注意力放在法的科学性上面，西方的法律和法学因此不断发展，日新月异。在中国，所有的法律或法学知识几乎都是靠"以吏为师"的方式传递下来的。[1] 所以，自古及今，法律条款的阅读理解技巧和对具体案件审判经验的口传心授，就成了中国法学的苟延方式。曾亲手处理过许许多多千差万别的具体案件有丰富审判经验的官吏便被视为"法学界"最有学问的人。他们的所谓经验，就在于不受固定的法律的拘束，在千差万别的具体案件的判决中体现出千差万别的具体的"情理"或大众道德来，使每个案子都处理得"合乎人情"。都能满足"众人之所欲"或"平民愤"。因此简直可以说，千百年来，法律及法律知识仅仅被当成一门"应事之变"的技艺或手艺；法吏就是掌握和使用这门技艺的"师傅"。因此，直到19世纪末，中国的法学仍停留在列举法的功能用途以强调法"不可或缺"的低水平上；立法仍停留在将审判经验记录按六部的职权范围分类编纂的水平上；仍没有一套科学的法概念体系，仍然把"故杀"、"谋杀"、"斗杀"、"戏杀"、"过失杀"，"略人"、"略卖人"、"和诱人"等概念杂糅在一起，怎么也不能从中抽象出一个通用的"过失"或"拐卖"之类的概念来。

二、关于法的起源

最初的法律是如何产生的？中国与西方的回答也大不相同，不同的回答体现着各自不同的民族精神。

---

[1] 儒家正统也不主张在法吏之外还有专事研究法律和法学的人，司马光就代表了这种主张。王安石变法时，增设"明法"科，考试律令、刑统大义和断案，司马光反对，认为"为士者果能知道义，自与法律冥合"，认为"日诵徒流绞斩之书，习锻炼文致之事"，会使士人变得"刻薄"，从政则不能成为"循良"之吏。引自《司马温公传家集·请起科场札子》。

中国古代思想家们几乎一致认为，最初的法律是“圣人”为了公共福祉而制造出来的救暴止乱、惩恶抑非的工具。他们都认为，在人类社会之初，曾有过一个没有法律和政权的时期。由于没有约束或权威，人们便各纵其欲，互相争夺甚至残害，祸乱不已。于是，人类的救世主——“圣人”、“智者”或“贤者”应运而出，制定法律制度，惩治凶顽，拯救了人类社会。如《管子·君臣下》说：“古者未有君臣上下之别，未有夫妇妃配之合，兽处群居，以力相征，于是智者诈愚，强者凌弱，老幼孤独，不得其所。故智者假众力以禁强虐，而暴人止；为民兴利除害，正民之德，而民师之。是故道术德行出于贤人……名物处违是非之分，则赏罚行矣。”这里的“道术德行”和“分”（名分）便是最初的立法。《商君书·开塞》也说：“天地设而民生之，当此之时也，民知其母而不知其父，其道亲亲而爱私……当此之时，民务胜而力征，务胜则争，力征则讼（争吵），讼而无正，则莫得其性（生）也。故贤者立中正，设无私，而民说（悦）仁。当此时也，亲亲废，上（尚）贤立矣……民众而无制，久而相出（互相争胜）为道则有乱，故圣人承之，作为土地货财男女之分。分定而无制不可，故立禁；立禁而莫之司不可，故立官；官设而莫之一不可，故立君。”在这里，商鞅对法律产生以前人类社会的三个阶段作了天才的猜测：第一个阶段是真正的原始时代，没有任何规则和秩序可言，人们之间只有兽一般的争斗。第二个阶段是靠酋长（“贤者”）的德行和威望来管理氏族的时期。第三个阶段才进入国家状态，统治者（“圣人”）制定法律制度，建立文明社会秩序。最初的立法，其内容就是“土地货财男女之分”，也就是规定个人不同的社会地位以及相应的利益，也就是“列贵贱、制爵位、立名号，别君臣上下之义”，[1]就是“正名定分”。荀子也说：“古者圣人以人之性恶，以为偏险而不正，悖乱而

〔1〕《商君书·君臣》。

不治，故为之立君上之势以临之，明礼义以化之，起法正（政）以治之，重刑罚以禁之，使天下皆出于治，合于善也。"[1] 这也是说圣人为了大众幸福而建立国家政权和制定法律制度，为人类建立秩序，拯救人类。班固认为，人类之初，因物质生活资料不足，常常发生争夺，于是"上圣"应运而生，既以自己的崇高的"敬让博爱之德"去感化万民，又"制礼以崇敬，作刑以明威"，[2] 于是形成了法律制度。直到清末，中国的正统观念仍停留在"圣人制礼作教、立法设刑"[3] 的水平上。

总而言之，在中国古人看来，芸芸众生都是群氓，是嗷嗷待哺的婴儿，是蚩蚩待教的"野人"（孔子曰："无君子莫治野人"）。这些人，虽有"善之端"在心中，但如无圣贤去教化、开导他们，他们决不会主动修善行德，而只会自然地滑向罪恶，行同禽兽、无礼无义、无法无天。所以，圣贤就是人类社会的普罗米修斯，礼义法律就是他赐给大众的圣火。他用"德行"哺育了这么多"婴儿"，用"礼义"教化了这么多野莽男女，还用"刑罚"为他们"治病疗伤"。如果没有圣贤，人类社会早就在互相争夺、互相残害中毁灭了。

西方人可不这么看。关于法和国家的起源问题，西方人最典型的回答是"社会契约"论。早在公元前5世纪，古希腊的智者吕科弗隆就认为，法律只是"一种相互保证正义的约定"（见前引）；公元前4世纪，古希腊杰出的哲学家伊壁鸠鲁（马克思称他是"最伟大的启蒙思想家"）就明确地提出了"社会契约说"，声称国家是根据人们的相互约定建立起来的，法律是人们彼此"约定"的产

[1] 《荀子·性恶》。
[2] 《汉书·刑法志》序。
[3] 《大清律例》序。

物。[1] 西塞罗认为，人民并不是每一个人“以任何形式而联合的”，“乃是以一共同的关于法律及权利的契约而联合在一起的。它是基于人们求满足一己之利益的欲望的”。国家如果不是根据“权利及法律的契约而联合”的，就会导致专制、独裁。[2] 把人们联合在一起的那最初的协议或契约，实际上就是法律的起源。古罗马还有法学家更明确地认为，法律来自人民，权力来自人民。如法学家肖里拉斯说：“习惯正应当具有法律的效力，因为法律与习惯的权力都是从人民而来的。”另一位法学家盖尤斯更声称：“一切权力都是从人民来的。皇帝的命令何以有法律效力呢？因为他的地位是由人民给他的；官吏为什么有权力呢？因为官吏是由人民选举出来的。”[3] 赋予皇帝和官吏以地位和权力的是大家共同缔结的社会契约。人民通过契约让渡出一部分权利，由共同设立的国家机关来行使，以保证社会秩序、促进大众幸福、保证个人权利更好地实现。古罗马名声最大的法学家伯比尼安也认为，法律有两个重要组成部分，一部分是智者制定的，一部分是全国人民的“共同合意”。[4] 这都是“社会契约”说，这是西方自古以来关于法的起源问题的最主要观点。甚至在黑暗的中世纪、宗教神学也不能不打上“契约论”的印记：宗教的大经大法《圣经》只不过是上帝与人类签订的契约或协定，故称《新约》、《旧约》。特别是，早在两千多年前，西方便产生了一切权力来自人民、法律的权威来自人民并且要防止君主专制独裁的杰出民主思想，不能不令人惊叹！在“社会契约论”里，像中国古人所翘首等待的那种“作之君、作之亲、作之师”[5] 的救世主或圣贤，是没有什么地位的。在希腊、罗马的思

〔1〕［美］乔治·霍兰·萨拜因：《政治学说史》上，商务印书馆1986年版，第171页。
〔2〕张宏生主编：《西方法律思想史》，北京大学出版社1983年版，第63～64页。
〔3〕张宏生主编：《西方法律思想史》，北京大学出版社1983年版，第77～78页。
〔4〕张宏生主编：《西方法律思想史》，北京大学出版社1983年版，第78页。
〔5〕《尚书·泰誓》。

想家们看来，法律最初是由平等的独立的个人之间互相协议而产生的，犹如民事契约（只有平等的主体间才能产生契约）；这些“契约”（即法律）是用来“确定权利、保护权利”的，是用以使个人权利得到保障的，并不是什么救世主恩赐给人类用以拯救人类的“圣火”。

在古代西方，关于法的起源的另一种解释是：“法律是最高的理性，是从自然生出来的。”这是西塞罗的杰出论点，也成为后来西方法学的主流——自然法思潮的主要内容。他认为，理性是人与上帝共有的一笔财富，是上帝赋予人类的，而且仅仅只赋给了人类：“人是上帝赋予的各种生命中惟一具有理性和思维的生命。”因而“理性”是人与动物的惟一差异之所在：“人之所以超越禽兽，是因为人共同具有发达的智力即进行推理、判断直至取得结论的本能。”这种与生俱来的辨别真伪、是非并主动选择“真”和“是”的能力，就是“理性”，“这种理性，当它在人类理智中充分而稳定地发展了时候，就是法律”。[1] 这种“本能”，决不同于孟子所说的“良知良能”或“四端”。孟子所说的主要是指人的道德本性，主要是属于“德”的范畴（当然包括“德化”了的“智”）；西塞罗所说的“理性”主要是指的“智能”，是属于“智”的范畴（当然也包括“智化”了的“德”）。这种“智能”（人人具有的）就是一切法律的源泉。法律就是它的外化。就是说，法律就是人们理性觉悟后的冷静的、清醒的选择。中世纪神学大师阿奎那也认为，法律是“理性的命令”。[2]

其实，这两种关于法的起源的解释是相通的：只有具有理性（那种天然智慧或能力）的许许多多独立的个人才能够主动选择缔结“社会契约”（即法律）的途径来相互满足个人需求，保证个人

---

〔1〕张宏生主编：《西方法律思想史》，北京大学出版社1983年版，第58～59页。

〔2〕《阿奎那政治著作选》，商务印书馆1981年版，第106页。

权利的更好实现，达到和平共处的、有秩序的科学生活状态，法律就是人们共同理性的结晶。而在中国法律观念中，那些非圣人开化便不能脱离野蛮、非圣人教导便不能远恶趋善、非圣人管治便不能停止禽兽一般的争斗的蚩蚩群氓，则是无论如何也不会主动走到一起来协商、签约以求自治的，因为他们心里根本没有这种“主动判断并选择”的“灵性”（即理性）。没有这个“灵性”的个体，不能算是独立的有人格的个人。在西方古人的心目中，怎么也不能想像出一位一开始就道德出众、智慧超群而且自然而然地具有使其他人无条件地服从的、权力的、父亲般的立法者来！然而在中国，却少不了这位救世主，否则便没有历史了。

这种“圣人立法救世论”中有很多问题是值得我们的先人思索并回答的。例如，圣贤为什么一开始便有着高于常人的智德？他为什么当然地享有立法权？他为什么当然也有管教众人的权力？生来就有“良知良能”或仁义礼智之“端”的芸芸众生为何不能主动地修善进德、寻求自治，而非要让圣人去教化和管治不可？不知何故，我们的先人竟然没有思考，也许他们根本不会想到有这些问题。数千年来，他们一直不假思索地、义无反顾地认为法律起源于圣人。这种“疏忽”，也许正反映了我们的民族与西方民族不同的民族精神。

三、关于法的作用、目的

法律有什么用途？中国古人认为，法至少有以下用途：(1) 定名分，使人不竞。例如，孔子认为，为政的首要任务就是“正名”，即正“君君臣臣父父子子”之“名”，“名不正……则刑罚不中”。[1] 法律正是用来规定每个人的“名分”（即身份、地位及相应的利益）的。《尸子·分》篇说：“天地生万物，圣人裁之。裁物以制分，便事以立官。君臣上下兄弟长幼贵贱亲疏皆得其分曰治

---

〔1〕《论语》“子路”、“颜渊”篇。

……明王之治民也，言寡而令行，正名也……赏罚随名，民莫不敬。”法家更把确定政治经济地位和利益形象地比喻为确定财物的所有权：“一兔走而百人逐之，非一兔可以分为百，由名分未定也。夫卖（兔）者满市而盗不敢取，由名分已定也。”[1]法律的作用就在于使社会上的所有政治经济利益都有“主儿”，以消除争夺。所以《盐铁论·后刑》篇更明确地指出：“刑所以正名。”（2）予准绳，以度是非。《管子》说：“巧者能生规矩，不能废规矩而正方圆；圣人能生法，不能废法以冶国”，“有法度之制者，不可巧以作伪……有权衡之称者，不可欺以轻重。”[2]《商君书·修权》也说：“法者，国之权衡也。”这就是说，法律是用来作为判断是非善恶的客观标准的。（3）辅德教逼人向善。据《孔子家语·刑政》篇载，孔子曾说：“圣人之政化也，必刑政相参焉。太上以德教民，而以礼齐之；其次以政导民，而以刑禁之……化之弗变，导之弗从，伤义以败俗，于是用刑矣。”（4）惩强暴，以救乱世。如《周礼·秋官司寇》说“刑乱国用重典”，《韩非子·奸劫弑臣》篇说“正明法，陈严刑，将以救群生之乱，去天下之祸”，《汉书·刑法志》载汉人郑昌说“立法明刑者、非以为治，救衰乱之起也”，都是这个意思。（5）统一思想、统一价值标准。如《墨子·尚同上》篇说：“古者民始生，未有刑政之时，盖其语，人异义。是以一人则一义，二人则二义，十人则十义……是以人是其义以非他人之义，故交相非也。是以内者父子兄弟作怨恶，离散不能相和合；天下之百姓，皆以水火毒药相亏害……天下之乱若禽兽然……（于是）天子发政于天下百姓，言曰：‘闻善而不善，皆以告其上。上之所是，必皆是之；上之所非，必皆非之……’上立以为赏罚。”（6）铲平智慧、能力的差别。《尹文子·大道上》篇说：“所贵圣人之治，不贵其独治，贵其能与

[1] 《商君书·定分》。

[2] 《管子》之《明法解》等篇。

众共治……今世之人，行欲独贤，事欲独能，辩欲出群，勇欲绝众。独行之贤，不足以成化；独能之事，不足以周务；出群之辩，不可为户说；绝众之勇，不可与征阵。凡此四者，乱之所由生也。是以圣人任道以通其险，立法以理其差。使贤愚不相弃，能鄙不相遗。能鄙不相遗则能鄙齐功，贤愚不相弃则贤愚等虑。此至治之术。”这就是说，法律的作用就在于使大家都一样平庸，就在于打出头鸟，使谁也不能冒尖。

使用有着上述种种用途的法律要达到什么目的，已经不言自明了，那就是“无刑”，就是要达到没有刑罚甚至没有法律的状态。如《尚书·大禹谟》说，“刑期于无刑”，《管子·君臣上》说，“令出而不稽，刑设而不用”，《孔子家语·始诛》也说，“民咸知罪矣……是以威厉而不试，刑措而不用”，这些说法的目的都在于达到无须使用刑罚的理想状态。又如《老子》说，“法令滋彰，盗贼多有”，《庄子·胠箧》说，“殚残天下之圣法，而民始可与论议”，这就是说，最理想的状态是连法律也没有、刑罚也不设。这种理想状态，陆贾曾作过描述：“是以君子之为治也，块然若无事，寂然若无声，官府若无吏，亭落若无民，闾里不讼于巷，老幼不愁于庭……长幼有节，上下有差，强弱相扶，小大相怀，尊卑相承，雁行相随，不言而信，不怒而威，岂恃坚甲利兵、深刑刻法，朝朝夕夕而后行哉?”[1]就是说，适用法律的目的在于辅助教化，而不在于刻民逞威。法律促使老百姓都知礼知义，循礼而动，最后大家都安分守己，天下太平，这就是“无刑”或“无为之治”。这种状态，简直是一种尽量保持原始状态的死寂。这种“无刑”治状的内涵就是所有的人都安分守己，都不积极争取什么利益而是互相谦让，牺牲原则地保持一团和气，正如古谚云：“是非只为多开口，烦恼皆因强出头”，“退后一步自然宽”。法律的目的就在于使大家都不出头，

〔1〕《新语·至德》。

都退后一步。所有的人都“退后一步”，哪里还会发生争讼呢？哪还用得着刑罚呢？

关于法的作用和目的，古代西方人的看法又与我们大不相同。早在公元前5世纪，古希腊智者就强调法的技术作用，视法为“政治的技术”、“治理城市的原则”（前引），开始重视法的科学管理社会生活的作用。柏拉图也认为：“在各种政府形式中，只有一种政府是最妥当的，它是真正的政府；这种政府的统治者懂得科学，而不是不懂科学。”[1]因此，“法治”也好，“人治”也好，“哲学王”之治也好，关键都在于是否体现了科学或理智。亚里士多德认为，“法律是最优良的统治者”，“由法律遂行其统治，这就有如说，惟独神祇和理智可以行使统治。”他把法律看成是没有感情的理智。这实际上是强调法的冷峻的、客观的科学管理作用。所以他又说：“法律的任务是为自由民的共同利益服务。”[2]西塞罗认为，法的基本作用就是“为了促进国家基础的稳固、城市的安全和治愈人民的疾病（矫正恶行）”。在他看来，法律是为保证社会生活的有序化、科学化，保证人民的自由和权利的实现而存在的，所以他主张建立一套三权并立的国家制度来保障这种“科学”或“有序”。[3]托马斯·阿奎那更明确地指出，法律“不外是对于种种有关公共幸福的事项的合理安排”，“法律不是别的，而是一种由管理社会的人所公布的、以共同福利为目的的理性的命令”。[4]总之，十分明显，古代西方人首先重视的是法的“管事”作用，使社会事务条理化、有序化即科学化。在他们看来，法律的最大功用就在于科学地

---

〔1〕张宏生主编：《西方法律思想史》，北京大学出版社1983年版，第35页。

〔2〕［古希腊］亚里士多德著：吴寿彭译：《政治学》，商务印书馆1983年版，第171页、第169页、第138页。

〔3〕张宏生主编：《西方法律思想史》，北京大学出版社1983年版，第65～66页。

〔4〕［古罗马］阿奎那：《神学大全》第二卷第一章，转引自《西方法律思想史》，第95页。

组织城邦社会生活并管理社会生活；这种组织或管理，首先是一门技术。他们以为，只有在这种"合乎自然"的科学组织和管理中，个人的权利、自由才能得到切实保障。法律的目的也就在此，也就是要达到一个社会科学管理、个人权利得到保障的理想状态，这种状态就是西塞罗所说的"国家基础的稳固和城市的安全"，也就是亚里士多德所说的"法律的实际意义"在于"促成全邦人民进于正义和善德"。〔1〕

中西的差别于此判若泾渭。中国古人讲了法的那么多种作用，就是没有讲到法的科学组织、管理作用。他们讲的那些作用，可以归结为一点，即法的"管人"作用。定名分也好，予准绳也好，逼人向善也好，惩强暴也好，"上同"也好，铲平差别也好，一句话，都是要管人，把人管得服服贴贴的，法的作用就实现了，目的达到了。从这些作用论中，怎么也总结不出一个近似于科学组织、管理社会的见解来，更不用说保障个人权利和自由的实现了。在中国古人看来，每个人都"无私"地放弃一切权利、放弃一切自由，天下就大治了，就达到了法的"无刑"目的。但是，平心而论，这种放弃权利、自由，尚让、尚退后一步的政治状态，即使再和平、再安定，也是没有什么科学性、条理性、有序性的。古往今来，中国人都比较重视"贤人政治"，就是重视贤人用高尚德行去感化人民，用丰富的道德经验去处理一切事务，使事事合乎道德人情。他们认为，美德就是"知识"，践行道德有"余力"才可去学点"文"（文章、诗赋）。〔2〕那种冷峻的、以探索自然和社会规律为目的的科学知识，在中国古人心目中是没有什么地位的。他们心目中的法律，

〔1〕〔古希腊〕亚里士多德著，吴寿彭译：《政治学》，商务印书馆1983年版，第138页。

〔2〕《论语·学而》："弟子入则孝，出则弟，谨而信，泛爱众，而亲仁。行有余力，则以学文。"

不外是道德的文字化、制度化，根本不是什么理性、理智或科学。法律是人情味十足的东西，而不是“没有感情”的。这与西方人主张的“法治”（体现着科学规律的法）或“哲人之治”（掌握着科学知识的人）是何等不同！

第四章　从中西比较中认识中国法律传统的特征

比较中西法律制度及思想文化之差异、优劣，是中国近代史以来政坛学坛经久不衰的话题。洪仁玕、谭嗣同、孙中山等政治家曾比较过中西政制，探究过中国专制政体与西方民主政体之区别。梁启超、严复、沈家本、吴经熊、丘汉平、陈顾远、梅仲协、杨鸿烈、蔡枢衡、瞿同祖等学问家们，比政治家们做得更细致。他们曾屡屡探究中西法理之异、刑事规范及民事规范之异、法律体系之异以及狱政和司法体制之异；他们还特别在公法与私法、人治与法治、集权与分权、权利本位与义务本位、个人本位与集体本位、社会本位等问题上对中西法制之差异进行过许多比较研究。然而这些比较都是局部的、零散的，也只是在制度之异和思想观念之异的层次上进行比较。那些散见于他们的政论、演讲和学术文章中的许多闪烁着真理光芒的关于中西文化差异的见解，一直没有人进行过综合、融会、加工提炼并推进、升华。我曾多次发愿要做这项工作，但屡屡苦于无充足的阅读资料时间而作罢。张中秋做了这一工作，而且做得比较成功。张中秋的《中西法律文化比较研究》（南京大学出版社 1991 年版），是一部花了大力气的专著，是用心之作。在上下交征利之大气候下，一位年不足三十的青年能于斗室面壁数年、以究中西之异，通古今之变，成一家之言，难能可贵。

他的这本书是第一次从文化学或文化史的角度对中西法文化之异进行比较系统、全面的比较研究。他站到了前人未曾站过的一个

新台阶上，以一个前所未有的新视角，高屋建瓴地将前人的研究尽收眼底，重新去总结中西法律文化现象的各个侧面的根本特征及重要差异。他的这一努力取得了一定成就：不但对前人已有的成果进行了相当好的汇合、整理、提炼，而且在一些重大问题上有自己独到的见解或结论。

这些新见解或结论，总的来说，因为立足于百年研究的积累之上，是对列圣列哲许多成就的合乎逻辑的推论和发展，故大多是站得住脚的。但也有一些观点或它们的次论点、分论点，仍有论据不足或论证上不充分、不周延之缺憾。以下我将就这些方面与张中秋君商榷。虽为一孔之见，一得之愚，为学术之故，不敢不献。

一、关于中国法的形成（起源）

张中秋认为，部族征战是中国古代法借以形成的特殊形式和具体途径，也是古代司法官和司法机构产生的重要渊源。在他的书里，第一章就是专门论证这一问题的。这是他对“刑始于兵”、“兵刑合一”、“兵刑同源”命题的新解释。我以为这一解释不完全合乎历史。

从前法学界许多人在解释“刑起于兵”命题时，一般只从“刑罚、刑名源出于战争”的含义上去理解；中秋君首次从“法律制度起源于战争”的角度去解释。这是一种独到的见解，然而我不敢同意。

要证明中国最早的法律制度起源于战争，你就得先证明产生于部族征战中的那些称为“刑”或“法”的那些东西（或文告）是法律规范，是行为规范。因为法这个概念的最重要的含义是行为规范（或行为规则），然后才是由国家机构制定、由国家暴力强制执行、以“刑”及其他强制手段来执行等等含义。中秋所列举的《甘誓》、《汤誓》、《康诰》、《酒诰》、《梓材》、《多士》、《费誓》、《吕刑》及《被庐之法》、《茅门之法》，等等，虽有军纪内容，有刑罚改革内容，有兴师问罪之内容，有政治措施及政策之内容，然而很难找到

"社会群体内部通行的行为规则"的内容。即便找到一条有行为规则意义的东西，又恰恰与战争没有什么关系。

上古时的一个部族即为一个封闭的社会，与其他部族不发生"合法的"（有预设强制性规则的）往来，惟一的交往方式是战争或掠夺。部族征战时发一个兴师问罪的誓告，不过是找一个攻灭对方的借口，那誓告似乎不能算立法，对异族部落不存在为其预立法规的问题；既在社会之外，故不可能在共同法规下生活。此其一也。再看这些文告的罪名本身，如有扈氏"威侮五行、怠弃三正"，〔1〕如夏桀"率竭众力，率割夏邑"，〔2〕又如商纣"用妇人之言"、"自弃其先祖肆祀不答"、"为淫声"，〔3〕等等，似乎很难看出其中包含有预设的明确的强制性行为规则。此其二也。我们更察看一下其中的军纪内容，如《甘誓》有"左不攻于左，右不攻于右，女不共命"、"用命赏于祖，弗用命戮于社"等军令，《汤誓》有"女不从誓言，予则孥戮女"之令，这对军人来说的确是法，但是我们能以军纪军法作为一个民族法律形成（起源）的代表吗？如果这样，那我们也不能说古希腊、罗马法律起源于氏族内部的平民与贵族的斗争，因为他们最先也有氏族征战，也有征战中的军法军令，而且可以断定其军法军令比城邦内部立法更早。此其三也。像《洪范》"五行"、"五事"、"八政"、"五纪"，等等，不过是当时的政策教科书，像《康诰》、《酒诰》、《梓材》、《梓材》、《多士》不过是周王周公对诸侯的政治劝告或训词；《被庐之法》是晋文公的政治改革措施，都没有找到"社会内有普遍约束力的可强制执行的行为规则"的内容。此其四也。最后，我在《吕刑》、《茅门之法》中找到了合乎法概念的内容，如《吕刑》的刑罚改革、赎刑制度、诉讼程序，

〔1〕《尚书·甘誓》。
〔2〕《尚书·汤誓》。
〔3〕《尚书·牧誓》。

等等，却是从改革弊政急需出发的，不是为了战争或产生于征伐中。又如《茅门之法》中“群臣大夫诸公子入朝，马蹄践霤者，廷理斩其辀、戮其御”[1]之规范，是一条明确的行为规范，但又是在朝廷礼仪场合，并非源于战争，亦即与攻灭异族活动无关。再如《康诰》中有“元恶大憝，矧惟不孝不友……刑兹无赦”，《费誓》中有“无敢寇攘、踰垣墙、诱臣妾，汝则有常刑”，这也是明显的强制性规范，但也与部族征战无关，刚好是一个部族、国家社会内部的行为规则，不是对外的“血缘集团压迫法”。

也许有人说，你太苛求古人了，中国上古根本就不可能产生符合“国家制定的有强制执行效力的普遍的行为规则”这种概念的法。但我们比较中西法起源，总得有一个通用的“法”标准概念。不然我们就不得不承认西方早期法也起源于战争（尽管记载不详）。在他们早期进行防御、掠夺或攻灭异族的战争时，肯定也要制定军法军纪、颁布军令，或发布誓告历数被征伐者之“罪恶”，然后也使用甲兵之大刑。我们既然不说那是西方法的起源，当然也没有必要说中国法起源于斯。

中国古代社会内部公共的行为规范在“礼”中。这些“礼”，有时是强制性的，有时不是；对有的人是强制性的，对有的人又不是。我们不敢说这些礼就是法，当然也不能以礼的形成或起源一概作为法的形成或起源。但是，我认为，当其中一部分“礼”比较固定地与强制或惩罚联系在一起之时（当然不一定与特定的刑名刑等相对应），即是中国法形成之时。然而这是何时？实在无足够的证据判定，甚至连一个有力的证据也没有。

有两个证据权且分析一下试试看。一是公元前536年（鲁昭公六年）郑国执政子产铸刑书；二是公元前513年（昭公二十九年）晋国当权者赵鞅铸刑鼎。如果把这两件事视为最早制定或公布成文

[1]《韩非子·外储说右上》。

法，则与古希腊公元前 621 年执政官德拉古制定成文法的时间相近，前后仅距 85 年（德拉古立法现今被学界普遍认为是古希腊法形成的最早证据）。这时间，也与古罗马王政时代结束共和时代开始即国家和法律形成的时间——公元前 510 年相近（前后仅距二十几年或几年）。这不能不说是惊人的历史巧合！古希腊的“荷马时代”和古罗马的“王政时代”肯定也有规则、习惯和刑罚手段，中秋没有去追究之以视为西法之形成或起源；所以，若以郑、晋铸刑书于鼎作为中国古代法形成的标志当不为过。这样说，也许把中国法形成的时间（不是起源的时间）定得太晚了：国家至此已形成千余年，国家与法律并存，岂能认为中国法形成如此之晚？不过这是从公式出发，不是从中国实际出发的疑问。可以这样看，从法的萌芽形态到成熟或完整形成需要漫长的历程。

正是从法律这种崭新的社会规范形态诞生的意义上出发去理解郑、晋铸刑鼎之事，我们才能理解叔向、孔子这两位保守派贵族为什么要对此事如此大发雷霆。如果仅从“公布成文法”角度解释，是说不圆的。从前那些“不公布”的习惯法不也是强制性行为规范吗？既是规范，肯定要让众人有起码的知晓，不然怎么责人遵守？《周礼》不是有“悬法象魏”、“使万民观刑象”之制吗？若仅是把已有的规则公布于鼎上，叔向、孔子会发那么大的火吗？公布一下又有什么要紧的危害呢？若仅是把已有规则形之于文字，布之于众，两位圣贤有必要那样大惊失色、如丧考妣地痛心吗？因此，我们只能理解为是一种新型的规则问世了，这就是完全的、成形的法律，是一种跟传统礼俗（习惯）正式分离的规则（其分离或独立的标记亦即它与“礼”的根本区别所在就是强制性：违者必罚），它对传统的“礼治秩序”构成了前所未有的严重挑战，因而孔子、叔向感到恐慌。这一部分固定地赋予了强制性的礼规，肯定是原有的“礼”体系中的最起码、最基本的部分，这一部分从此以后变成了法律。从这个意义上讲我们才好理解叔向和孔子的担忧：“民知有

辟（法），则不忌于上，并有争心，以征于书，而徼幸以成之”，“民知争端矣，将弃礼而征于书（法），锥刀之末，将尽争之”，[1]“民在鼎矣，何以尊贵？贵何业以守？”[2]正因为百姓明白了哪些是违而必罚之规范、哪些不是，这才可能不怎么害怕贵族、官长（只有“议事以制、不为刑辟”和“刑不可知，威不可测”之时才特别害怕长上），才可能以这种规范为依据有限地保卫自己权益、抵制贵族和官长司法专横。只有这时，才可能产生“弃礼”（那些无强制执行效力的礼规）而征据“书”（法，刑书）去为自己是否应得惩罚而争论的情形。事实上，百姓之犯行该不该受罚都写在法条上（刻在鼎上），贵族要任意以司法手段宰制百姓而显示威福和尊贵，实在没有从前方便了；贵族要守住凌驾于平民之上的世袭地位使百姓永远敬畏之，已经没有从前容易了。这种新规范的本性天然要求所有的人一体遵守，它不再像“礼”那样对不同的人要求不同（如果规则的适用还是因人而异、因事而异，那么这种规则就算不上有固定与之相应的强制性）。这种“不别亲疏、不殊贵贱”的新规范的诞生，当然可能使“贵贱无序”。在中国古代，这样一种新型规范即法律的产生，实际上也与贵族和平民（特别是新兴地主和工商业主阶层）的斗争相伴随，与古希腊、罗马的情形极似。

中国的“法”从“礼”中正式分离出来亦即法律正式形成，应以此两事为依据来断定。此前有“礼”、“刑”而无“法”，此后是“礼”、“法”并提。“刑”虽仍有，但依附于“法”，成为法之手段，或有时成为“法”的代用语。应该说，此后的“刑”概念和此前的“刑”概念是不可等量齐观的。我们决不能因为此后的“刑”常即指“法律”便进而认定此前的“刑”（如苗民五刑、禹刑、汤刑、九刑）也是法律。那种礼规无限（繁多且事无巨细皆有规）、刑罚

---

[1] 《左传》昭公六年。

[2] 《左传》昭公二十九年。

任意（完全即时即事任贵族司法官一时之情意而为）的时代，没有任何一条礼规范可以叫做违而必罚的法律规范，也没有一条礼规范可以叫做违而必不罚（只舆论谴责）的道德规范，这种时代你能说是有法的时代吗？你能说法律已经形成？所以，我只敢把它叫做法的萌芽时期。从萌芽时期到完全成形的法律出现的全过程中，我实在看不到部族征战所起的决定性作用。

最后还有一点值得商榷的是，在关于中国古代法起源或形成初因的种种说法中，申秋君独独钟情于"刑起于兵"一说，而将其他说法搁在一边不提，不加辨析。例如，《管子》的智者做法以禁强虐、止争斗之说，〔1〕《商君书》的"圣人作为土地货财男女之分"、"圣人立禁"、"圣人立法为度量"以止物资争夺之说，〔2〕《荀子》的"先王制礼义、重刑罚、起法政"以救济"争（物）则乱，乱则穷"的世道之说，〔3〕《墨子》的圣者恶天下无统一是非标准而生争乱，故立法统一是非制止是非争纷之说，〔4〕《尹文子》圣人立法以铲平贤愚能鄙之差异、使社会恢复德智体力均平而宁静的秩序之说，〔5〕班固的圣人立法以弥人体力不足、推展智力之长建立理想的人道的生活秩序之说，〔6〕等等，申秋君都没有加以评析。这些说法都没有把法的起因或形成与部族征战这种"血缘集团压迫"政治活动联系起来，而只和社会内部建立政治资源和物质资源分配秩序的需要联系起来。按这些说法所讲，最早出现的不是五刑及流放等刑罚手段，而是分配规则或行为规则，这是更符合公认性质的法的起源的。还有《国语·鲁语》及《汉书·刑法志》所谓五刑："大

〔1〕《管子·君臣下》。
〔2〕《商君书》"开塞"、"君臣"篇。
〔3〕《荀子》"礼论"、"性恶"篇
〔4〕《墨子·尚同上》。
〔5〕《尹文子·大道上》。
〔6〕《汉书》卷二三，《刑法志》。

刑用甲兵，其次用斧钺，中刑用刀锯，其次用钻凿，薄刑用鞭扑。大者陈诸原野，小者致之市朝，其所由来者上矣”，这分明是说“斧钺”以下四刑（都是对内的）与甲兵之大刑同样源出久远的古代，并非自甲兵征伐引申而来。同理，与这四刑相应的行为规则当然不会是从血缘集团压迫异族的征战需要中逻辑发展出来的。

二、关于中国法的家族本位

张中秋把中西法的本位之异称做“集团本位与个人本位”之异。这个结论基本上是能够成立的。在这一方面，近代史以来的中西法律比较者们并无多大争议。但我认为，描述中国古代法的本位，用“家族本位”比“集团本位”更确切。因为中国的“家族本位”情形，与英儒梅因《古代法》所讲的西方历史上也有过的“集团本位法”之情形大不一样。所以不宜用同一词，以防混淆。

梅因云：“我们在社会的幼年时代中，发现这样一个永远显著的特点。人们不是被视为一个个人，而是始终被视为一个特定的团体成员……他的个性为其‘家族’所吞没了……一个家族在事实上是一个法人，而他就是它的代表，或者我们甚至可以称他为是它的‘公务员’。他享有权利，负担义务，但这些权利和义务在同胞的期待中和在法律的眼光中，既作为他自己的权利和义务，也作为集体组织的权利和义务。”[1]

中国古代法以家族为本位，其情形跟梅因说的很相似（梅氏所言当为西方情形），但也有着重要的不同。说个人不被视为个人，个性被家族吞没，个人为团体成员，这大致是中西共同之情形；说家族似乎是一个法人，这也像是中西共同的。但是，作为这个团体的成员的个人在团体中的地位和身份情形，中西是有巨大区别的。西方的那个团体，像是由个体集合而成的集体，这些成员在集体中的地位似乎是比较平等的，所以这才能说每一个成员可以视为这个

[1] ［英］梅因著，沈景一译：《古代法》，商务印书馆1983年版，第105页。

法人（团体）的代表或“公务员”，所以才说他享有权利、承担义务。在中国的家族里，这种情形似乎是不存在的。在家族中，由辈分、年龄、性别等决定的尊卑贵贱之异，使得卑幼者几乎不能叫做集体里的成员，只能叫做集体里的一种东西、一个附件。在古时，卑幼除了因为犯罪使家人受牵连时似乎作为家族的“代表”以外，其他法律场合似乎根本不能作为这个“法人”的“公务员”或“代表”（而经常作为这个“法人”代表的是家长）。更何况在中国的家族里，从尊到卑是单向权利，从卑到尊是单向义务。卑幼何曾依法有过向尊长请求什么的权利？有时连他自己的生命、身体都成了尊长权利的客体（“父要子死子不能不死”，夫可以卖妻，等等）。所以这个团体不符合一般意义上的集体（完整个体或相对独立个体的集合）的含义，不如直接称中国法本位为家族本位更恰当，更能一语揭示实质。在中国古代，一切社会组织，甚至国家本身，都是依血缘家族的宗法原则建立起来的，都是家族或家庭的摹本（甚至江湖集团、手工业行会、帮会、宗教寺观等的内部关系也是家族的翻版）。所以那种以维护宗法伦理秩序为宗旨的古代法叫集体本位法还不如叫做家族本位法。

中秋只把西周法律称做宗族（家族）本位，认为战国至清代法律是宗族（家族）本位和国家本位并存。我不同意这种看法。本位只能有一个，即法律的立足点、侧重点只能是一个。法家为代表的国家主义倾向以及“十恶”中前三恶（谋反、谋叛、谋大逆等国事犯）重于后七恶（家内伦常犯及反人道罪）等情形，似不构成国家本位。其一，它不是主流，在法律规范体系中地位虽重要，但条文不多；其二，它是从宗法（家族）伦理中推演出来或延伸出来的，是第二位的、派生的。法家为代表的倾向特别重视“国”这个大“家”的法律权力和地位，儒家为代表的倾向特别重视家族家庭这些小“家”的法律地位。汉以后虽说儒法合流，但以儒为主，不过是吸收了一些法家的“尊君重国”思想，对家族的无限权威作了一

些限制而已。此后，家族不再有凌驾于国家利益之上的地位（如绝对的亲属相为隐权利的丧失，国事大罪不得相隐；又如孔子所赞赏过的孝子在战场上当逃兵回家奉养老父的弃忠全孝之权利在法律上丧失等），但法律的重心仍在家族。法律虽在少数特定场合肯定国家否定家族，但其实质还是依据家族主义或宗法血缘主义伦理，只不过是把这一伦理的应用范围扩大了些。例如，《唐律疏议》云："王者居宸极之至尊，奉上天之宝命，同二仪之覆载，作兆庶之父母，为子为臣，惟忠惟孝。"[1] 皇帝是大家长，对大家长的"孝"（忠）高于对小家长的"孝"。这一新的应用岂可认为就构成了法律中的国家本位？

人们一般所理解的国家本位是：法律首先、主要和大量地规定人们对国家的种种义务，规范个人与国家之间的关系，规定个人在国家政治经济生活中的地位和权利，规定国家权力和利益受损害时的补救方式。中国古代显然不是如此，甚至相反（仅在商鞅、韩非子的法律思想中如此）。

中国古代法的家族本位问题有以下几点值得补充：（1）"一损俱损、一荣俱荣"。功过均被视为家族之功和家族之过，是团体功劳或团体犯罪，故赏和罚多以家庭（族）为对象。这时的家族有些像法人（民事上）或犯罪主体（刑事上）。一成员有战功、有功名、有官爵则光宗耀祖、荫及宗族，法有明文规定；一成员犯法也累及同族——有民事犯行则同家（族）共负赔偿损害之责，有刑事犯行则株连三族乃至九族；等等。从这个意义上讲，确实有些像梅因所言个人之权利义务同时也是家族的权利义务。（2）上古时有亲属之间代受刑罚甚至代受死刑之制，汉以后仍有遗留。汉文帝时少女缇萦上书请求没为官奴婢以代父刑，[2] 可见当时法曾允许亲属间代

[1]《唐律疏议·名例一》。
[2]《汉书》卷二三《刑法志》。

受刑罚。一成员犯罪当宫、刖之类，家里另一成员常常请求宫刖自身以代之。后汉明帝时曾数次诏死罪囚减死诣边戍，其父母同产欲相代者恣听之。后汉安帝时，尚书陈忠曾建言“母子兄弟相代死，听；赦所代者”，事皆施行。[1] 这种制度，虽不能一概说是把整个家（庭）视为犯罪人（主体），但至少把这个团体视为刑事责任主体。(3) 关于亲属相为隐的权利问题。中秋君认为法律肯定亲属相为隐是家族本位之体现，说“明知家人有罪而政府却鼓励不予以告发，这是今天甚至古代中国以外的世界也很难寻见的”（第 51 页）。我以为不然。这一规定与其说是家族本位的体现，不如说是人道伦理之体现。因为西方历史上甚至今天也有明确规定不得强迫任何人为近亲属作有罪证明、包庇隐匿犯罪亲属可以减免刑罚的法律，[2] 其实质与容隐相类似。盖人道之常，先爱家爱亲属，然后才爱国家和公共秩序；因为历史的发展，也是先有家、有血缘亲属关系和伦理亲情，然后才有国有政治关系等。我们似乎不能以此作为家族本位的最重要证据。

三、关于中国法的刑事化（公法化）

中秋君关于中国传统法律刑事化或公法化的社会原因的论述是极为独到、精辟的，也是站得住脚的。他认为，在中国古代，中国古代有刑法无民法，民事侵权行为（甚至一些违约行为）概以刑罚处罚之，可以说民事法律已经刑事化。在他看来，这一现象的根本原因，并非如人们通常所云，是商品经济不发达，或是农业社会之经济基础所决定，而是由于传统中国国家权力和国家观念异常发达。他说：“一个社会的国家集权和（国家）观念愈发达，其刑事立法也必然发达。如果发达到使个人独立存在的价值与利益变得无

[1] 《后汉书》卷二，《明帝纪》卷四六，《陈宠传》。

[2] 关于这一点，我后来写了好几篇文章，均收入本书。特别见《中外法律传统中的“亲亲相隐”》一文。——汇编时补注

足轻重或基本丧失，国家代表了个人（个人完全消融在国家之中），侵犯私人权益就是侵犯国家利益、破坏社会秩序，那么这个社会的全部法律必然表现为刑法和刑法化的法律”（第96～97页）。这是全新的见解，是合乎历史的，是切中要害的。这一见解的提出，有填补这一方面理论空白的意义。在此问题上，从前众说纷纭，但都未击中要害，不能令人信服，也没有人正式探索过这一现象的成因，所以可以说答案尚是空白的。中秋君以他的深思熟虑和很高的学术洞察力基本上揭开了这个谜的谜底。

但是，在同意这个大结论的前提下，我也有些地方尚有疑虑需要商榷。在中国古代：（1）国家集权和国家观念为什么会如此发达？（2）为什么侵犯私人权益会被视为实际上也构成对国家利益和社会公共秩序的破坏？（3）是什么使中国古代产生了使用国家强力干涉私人事务（民事关系）的必要？（4）古代中国国家的这种弱的“体质”（连私人间的侵权行为都构成对它的伤害）是如何形成的？（5）强大的、发达的国家集权或权威当使国家有更强的“体质”（更不怕私人侵权行为对它的感染或伤害），为什么中国恰好相反？这些问题，可惜中秋君没有论及。而不解决这些问题，又可能使前述大结论论据不足。虽然我凭直觉认为中秋的结论是可靠的，但仍不免有这些疑问。

这些问题，归根结底还是究根到经济基础上了。中国自西周即出现的一家一户小农耕作、自给自足的经济形式，由这种经济生活方式决定的全社会“一盘散沙”的性质，由这种经济基础决定的血缘家庭（宗族）的强大的内聚力（亦即排斥外来权威之力），可能历史地决定了：中国若要利用国家形式推动社会进步和增进共同福利，必须有比西方更强大的国家机构和集权权力，必须更经常更强烈地向人们灌输国家观念。因为在上述两大因素影响下的中国古代

百姓最缺乏的正是国家观念。[1] 此为我对第一个问题的试解。至于第二个、第三个、第四个问题，我以为实际上是一个问题，即为何私人间侵权行为实际上构成对国家的伤害的问题。这就要从中国“家国同构”的伦理属性上去解释。因为家之伦理亦是国家这架政治机器的黏合剂，是以家之逆子必为国之乱臣，是以移孝可以作忠，是以“齐家”可视为治国手段之一。所以，对家内成员间关系准则的侵犯（哪怕仅为民事的侵害），实在有可能使国之黏合剂分解。至于这个家族（庭）和那个家庭之间的民事关系，本来应该不受家内伦常之拘限，而直接用国家的民事法规去规范。但由于这些小家之间的关系被视为国这个大“家”里的“兄弟”关系，互相有民事侵害也被视为违背了“兄友弟恭”、“贵贱有序”之类伦常，故也有损于国家的根本原则，威胁国家的立国之本，所以也要以刑罚治之。第五个问题很难解释，说国家机构和权力越强大而其本质上越脆弱，好像是哲学上的深虚命题，在历史事实中似不应有此种逻辑，所以无法辨析。

四、关于中国法的封闭体系

关于中华法系的封闭性形成的原因，张中秋也有独到的精辟的见解。他认为，独立成长（与外界没有什么实质联系）起来的渊源单一、结构体系完备、内容周密精细的中华法系或古代中国法律体系，对内必然适应中国社会的需求，表现出极大的灵活性。在这种对内巨大灵活性存在的同时，必然有更大的原则固守在灵活性之中。它们相互配合，对内富有应变奇能，对外却一致排斥，表现出十分的保守和僵硬。这种排斥异己的性质来自于它对内的灵活性、文化上的自我中心主义、缺乏与同质高层次文化交流的机会以及法

[1] 说古代中国有强烈、发达的国家观念，应仅指代表国家目标、力量和意愿的势力——如中央政权及其代表、官吏以及为国家张目的政治家思想家们而言，不应包括普通民众。因为百姓最缺乏的正是国家观念，正是心目中有家而无国。

系自身的宗法血缘性机制，等等（第190页、第198页）。这些观点都是很独到的，有价值的。我基本上同意这些结论。但也有一些局部的疑虑和补充。

首先，我不太同意中秋君关于中国法律渊源单一性之说（第190～191页）。我认为中国古代法律渊源是三类，一是国家制定法，包括律、令、格、式、科、敕、诏、指挥、例（部分）等，总之体现为国家权力机构制定、发布的明确命令性文字规范。二是决事比、例（司法机关形成的判例）等，它们实际上常成为后事之规范，也并非都得到了国家权力机构的审核和认可（汉、宋两代比、例多达数十万件，不可能由朝廷一一正式认可，只能是国家事先给予一般性认可之原则）。三是经义，自汉至清代司法中经常被援引，在许多场合成为法律规范（国家认可此种做法）。董仲舒在陋巷里所作的《春秋决狱》一书，应视为类似于西方古代法学家著作成为法律渊源之情形。所以中秋说中国的科、比、例只是一种司法方式，我是不同意的。它实际上也与西方的判例法一样，是一种创法活动。而经义本身及学者引经义产生的法律学说，也实际上长期作为法律渊源之一，对僵硬的制定法进行经常性的修正或弥补。从清代的《刑案汇览》看，法官引经义而不引据《大清律例》判案的情形是常见的。

其次，中秋认为：秦以前中国的刑法是一事一罪、一罪一刑，是“罪名之制”或以罪统刑的体制；而秦以后（有了《具律》以后）是以罪统事、以刑统罪的新体制，不管具体的罪事有多少种，概由五刑统之（第196页）。我认为这种说法是不准确的。据我所知，《法经》是一个分水岭。在它以前，法典的编纂体例，如《尚书》所云“墨罚之属千，劓罚之属千，剕罚之属五百，宫罚之属三百，大辟之属二百，五刑之属三千”，[1] 如《周礼》所谓“墨罪五

[1]《尚书·吕刑》。

百，劓罪五百，宫罪五百，刖罪五百，杀罪五百。若司寇断狱弊（辨）讼，则以五刑之法诏刑罚"。[1] 这就是"以刑统（领）罪"，即把千百种犯罪按危害程度和应受处罚轻重程度，分别由轻至重归入墨鼻刖宫大辟五种刑罚之下。那时不是称盗罪、贼罪、杂罪云云，而是称墨罪、杀罪、宫罪云云。这就是以刑统罪。而自《法经》始，才有以罪名（如《盗》、《贼》、《杂》）和诉讼程序（如《网》、《捕》、《具》）编排法典内容顺序或结构之制。这显然是按犯罪之客体种类来分类的，自《法经》至《大清律》均如此，如《卫禁》、《职制》、《户婚》、《盗贼》、《斗讼》、《诈伪》、《厩库》、《擅兴》，等等。我觉得也只有这种情形才可以叫做"以罪统刑"，自《法经》至《大清律》才可以叫做"罪名之制"，而在此以前只应叫做"刑名之制"。所以在此前是有"礼"、"刑"而无"法"，此后才有罪刑相对应之"法"。关于这一点，我还认为，夏刑 3 000 条或周刑 2 500 条，不可能是指明了这么多种类（包括轻重程度）的犯罪，更不可能是有这么多条刑事规范，那时的人没有如此高的立法水平，不可能有如此严谨的法典结构；它们只可能是判例汇编，分别把判处死刑、宫刑等五刑的案子各依判处结果归类整理起来，其实就是仅分拣一下而已。

再次，中秋认为中华法系排斥性、封闭性的思想方面的原因是文化上的自我中心主义，表现为法先王的"法统"观、"自我法律优秀完备观"、中国中心论和蔑外意识等(第 198 页～第 200 页)。我认为这里遗漏了一个重要的思想方面的原因，即历史静止观乃至退化史观。历代立法都立论于社会不发展不变迁的指导思想之上，所谓"垂宪万年"、"立万世之法"。智者们多认为，社会上纷纭世事虽有今古不同，但那只是皮毛之变；社会的根本结构、运作规律、人际关系、政治体制、伦理纲常等是永远不会改变的。既然如此，法律体系有什么需要

[1] 《周礼·秋官司寇·司刑》。

大变的呢？顶多时常根据世事的小异作点灵活变通就够了。这就是中国历代变法极其艰难的原因。同时，现行法典多被神化为先王之“衣钵”、先王之意，是嫡传或正统（“法统”）的象征或标志，对它进行改革的人都免不了有原罪感。若认为历史是退化的，是今不如昔的，那么更有理由反对法律变革，因为那是昔时好世道下的好法，不能因为社会堕落而舍弃圣王之法。如果仅注意到文化自我中心主义这个思想方面的原因，那么人们肯定要问：古希腊、古罗马人也有极强的文化自我中心主义意识，也视其统治中心以外的民族为“蛮夷”，为何没有导致法系排异性、封闭性呢？

五、关于中国传统律学

我同意中秋君关于中国古代有律学无法学的观点。他说，中国古代关于法律的学术只可叫做律学不可算作法学。这是对钱大群先生自80年代初期以来的一贯观点的发展。他认为中国古代法律章句之学决不可与西方注释法学派之学术等视，这一观点相当独到（第235～236页）。还有他关于律学是经学的一个分支的观点也非常有见地。但是在这一章里，他有两个地方的结论，我不同意。（1）他说中国虽然律学非常发达，但独不见一位律学家（第235页）。这一观点我以为不符合历史事实。叔孙宣、郭令卿、张释之、于定国、马融、郑玄、张斐、杜预、刘颂、贾充、长孙无忌等人在律学方面成就甚大，大概不能因为他们身为经学家、大官员就否定了他们作为律学家的地位。西方那种纯粹终身在野身份的法学家在中国是不易生出来（因为中国从来就不把法律当作可以成为私人进行技术或学术研习对象的事物），但职业律学家应该是有的，这就是汉晋时治律家聚徒讲学之情形。他们大多是在野注释法律、讲授法律出名后为朝廷所知，征辟为法官。但是，是不是曾为官吏者都不得称为律学家？那么在他们还没当官而又专门注释讲授法律之时应当看成什么身份？（2）中秋君说“传统中国的专门法律人才和培养这种人才的学校都是官办国定的”（第245页），此说我认为也不

符合历史事实。《南齐书》谓“汉来治律有家，子孙并世其业，聚徒讲授至数百人。故张（释之）、于（定国）二氏，絜誉文宣之世；陈（宠）、郭（躬）两族，流称武明之朝。”[1] 晋人华峤谓“郭氏家世掌律，凡为廷尉者七人；河南吴氏三世廷尉，为法名家；沛国陈氏亦三世明法，长杜钟氏门生千有余人，魏钟繇、钟会皆继其父业。”[2] 没有任何证据表明这种“家世其业，聚徒讲授”的法律教育方式（私人学校）与“官办国定”有什么关系；这种方式与孔子聚徒讲学（我们因此称孔子为私人教育家）有什么区别？

尾语

张中秋君的这本书虽然有上述值得商榷之处，但是瑕不掩瑜。作为中西法律文化比较研究领域里的第一部系统的专著，作为一项开拓性的工作，他已经取得了令人信服的成就，已经做出了承前启后的贡献。他关于中西法的伦理（宗法伦理与宗教伦理）之异的论证及结论，关于中西法的精神（人治与法治）之异的论证及结论，关于中西法的价值取向（无讼与正义）之异的论证和结论等各章，即使我怀着故意挑毛病的态度去挑剔也没有发现什么不确切、不合史实之处，其论点中屡屡闪烁着独到的智慧和真知的火花。要在一本好书里挑出几处自己不同意的地方加以商榷或批评易于反掌，但若要我独自去完成这么一项大的艰巨的工程，我会望而兴叹的。不过尽管如此，我还是把我的零星看法都讲出来供中秋君参考，也与所有关心这一课题的同志者讨论。我相信这样做对这一课题的研究发展会有益处的。最后我还想说，法律文化这个概念似应包括法律程序、法律设施、法律艺术，在这些方面进行一下中西比较会很有意义的，而中秋君只比较了法律规范、法律意识、法律学术三个方面，我觉得这也是比较研究体系上的一点缺憾。

---

〔1〕《南齐书·崔祖思传》。

〔2〕华峤：《后汉书》。

第五章　中西法律传统中的“亲亲相为隐”

亲亲相为隐，是中国法律传统的一个典型制度或原则。过去我们常常认为它是中国封建法制的独有原则，其实这是误解。事实上，从古代中国、古希腊罗马到近现代，从西方到东方，从奴隶制法、封建制法到资本主义法甚至社会主义法，均或多或少、或深或浅地存在着“亲亲相为隐”之类的规定。可以说，这一原则或现象的有无，并不能构成任何一个国家、法系的特色，也不能构成一个历史阶段或一种社会制度下法律的特色；但这一原则或现象在不同法系、不同国家、不同时代、不同社会制度中各有不同的着眼点、侧重点，或曰各有不同的动机、目的，这的确成为各自法律特色的一个方面。

本章将从四个角度去描述和分析中西容隐制度及其特征：（1）亲属容隐制度的历史发展与阶段特征；（2）亲属容隐制度在中西文化传统中的同异；（3）亲属容隐制度在不同社会制度中的同异；（4）亲属容隐制度在不同法系中的同异。在对这些异同进行了初步分析比较之后，我将就容隐制的起源和宗旨，它在人类文明制度中的意义及与“社会自治”的关系等应进一步探讨的课题作一初步的设想。通过比较考察，我发现，亲亲相为隐，不仅是中国法律传统中的特有现象，实为中西法文化的共同特征之一。我认为，中西法传统的这一共性，可能反映了不同国家民族在解决人类社会无法回避的家国矛盾问题时不得不采取的共同选择，可能有着某种意义上的追求“社会自治”的意义。

这是一个看起来很小但实际上涉及人类文明制度的根本机制和

根本选择的重大而深刻的课题，因笔者学力甚浅，故只敢作一初步的描述和分析，以求教于方家。更深入细致和全面的研究只能等待来日。

一、亲属容隐制度的历史发展与阶段特征

（一）中国容隐制度的历史演变及时代特征

中国的亲属容隐观念和制度萌芽，可能应上溯至春秋时期。《国语·周语》载：东周襄王二十年（公元前632年），周襄王劝阻晋文公（时为诸侯列国盟主）听理卫大夫元咺讼其君一案时说："夫君臣无狱。今元咺虽直，不可听也。君臣将狱，父子将狱，是无上下也。"襄王既承认元咺理直，又主张不理此案，显然是认为君臣之间父子之间知有罪时应当隐而不告。《礼记·檀弓》曰"事亲有隐无犯"，《论语·子路》载孔子主张"子为父隐。父为子隐，直在其中"，《孟子·尽心上》载孟子主张舜将犯了杀人罪的父亲"窃负而逃"，等等，都反映了春秋战国时代人们对于亲属容隐问题的一般认识，也赋予亲属容隐以伦理上的正当性。最早将容隐原则应用于法律的似乎是秦律："子告父母，臣妾告主，非公室告，勿听。而行告，告者罪。"[1]中国容隐法自此开始形成。此一时期，曾有商鞅在秦变法"奖励告奸"，鼓励夫妻、朋友、邻里之间互告犯罪，但尚有不准告发父母之秦律，大可诧异。从春秋至秦末，是中国容隐制度的第一阶段。这一阶段的主要特征是：不许告发父母或证实父母有罪，片面强调子女对父母的隐匿义务；"父为子隐"尚未变成法律；视告父母为不道德行为甚至轻罪；尚未允许隐匿父母以外

[1]《云梦秦简·法律答问》。"行告"即反复去告。一告不为罪，反复告才罪之，则显然不以告父母为重罪。史学界一般认为，《云梦秦简》记载的是商鞅变法至秦王政即位之间的秦法。另《商君书·禁使》："至治，夫妻交友不能相为弃恶盖非……民人不能相为隐"。"民人"，应指邻里之间。这里提到了夫妻关系，朋友关系，"民人"（邻里）关系，而不及"父子"，则应不包括父子。似乎不鼓励子告父母。此与《云梦秦简》上述引文可互证。

其他亲属。

中国容隐制度的第二阶段是汉初至南北朝。汉武时，临汝侯灌贤因首匿犯伤人罪的儿子，被免爵；衡山王太子刘爽坐告父不孝，弃市。[1]这说明当时仍片面强迫"子为父隐"，并且不许"父为子隐"。这里出现了一个重要变化，即以告父亲为"不孝"之重罪，处死刑，这是秦以前没有的，这开创了此后两千余年的传统。另一个重大变化也随后开始，汉宣帝地节四年诏："父子之亲，夫妇之道，天性也。虽有祸患，犹蒙死而存之。诚爱结于心，仁厚之至也，岂能违之哉？自今子首匿父母，妻匿夫，大父母匿孙，罪殊死，皆上请廷尉以闻。"[2]这一诏令首次从人类爱亲属的本性上解释了容隐制度的立法理由，同时首次用容许隐匿的形式正面肯定了妻、子、孙为夫、父、祖隐罪在法律上的正当性（犹后世法所谓"赋予合法权"）；此外也首次开始间接或部分承认了尊亲属为卑亲属隐罪的"权利"：父、祖、夫隐子、孙、妻虽不是"皆勿坐"，但至少涉及死罪时可由廷尉报皇帝"圣裁"，有减免刑罚之可能性。也就是说，从上一阶段的"单向隐匿"开始转向"双向隐匿"（但不平等）。这一时期人们还开始注意到了过分的株连对容隐原则的破坏。如东汉末魏初高柔、卢毓等人反对"军征士亡，考（拷）竟其妻子"，东晋人卫展反对"军征士亡考（拷）子证父死刑"或"鞭父母问子所在"，南朝宋人蔡廓呼吁"鞫狱不宜令子孙下辞"，北朝魏人崔纂反对审讯中"令同气（兄弟姊妹）相证"[3]其主旨都在反对强迫亲属之间互证有罪，反对过分株连亲属，也主张亲属间有相互隐罪的合理性，正当性"权利"。此外，此时期人们还特

---

〔1〕《汉书·高惠高后文功臣表》，《汉书·衡山王传》。

〔2〕《汉书·宣帝纪》。

〔3〕《三国志·魏志》高柔传、卢毓传，《晋书·刑法志》，《宋书·蔡廓传》；《魏书·刑罚志》。

别注意到了不许容隐则严重损害伦常，如认为强迫亲属间互相证罪，“亏教求情，莫此为大”，“伤顺破教，如此者众。相隐之道离，则君臣之义废；君臣之义废，则犯上之奸生矣。”[1]

第三阶段是隋唐至清末变法以前。隋律今不存，但唐律继《开皇律》而来，略存其梗概。唐律关于容隐的规定，形成了一个完备的规范系统。首先，《名例律》中规定了容隐制的“总则”：“诸同居，若大功以上亲及外祖父母外孙，若孙之妇，夫之兄弟及兄弟妻，有罪相为隐……其小功以下相隐，减凡人三等。”这一总则的含义是：所有同居亲属（不论服制）均可相隐，不同居的大功以上亲属亦可相隐，不同居小功以下相隐也减轻处罚。为落实此一总则，唐律做出了10种规定：（1）不仅藏匿上述犯罪亲属不罚，“及匿得相容隐者之侣（即亲属的同案犯）亦不坐”；（2）泄露通报捕摄消息令亲属脱逃者不罚；（3）审问官不得逼亲属作证，违者罪之；（4）不得告发尊亲属。告祖父母父母为不孝，处绞；告其他服尊亲属亦有罪。被告发的尊亲属视同自首减免处罚。期亲以下尊卑“相侵犯”者可以告发；（5）不得告发一定范围的卑亲属。“告缌麻小功卑幼，虽得实，杖八十，大功以上递减一等。”但父祖告子孙即使诬告亦不坐；（6）帮助父祖逃脱囚禁后不得因惧罚复捕得送官；（7）不得捕缚与自己共同犯罪的亲属赴官自首；（8）在审讯中不得已附带吐露亲属之犯罪者，不视为告发；（9）捉奸时因捕捉与亲属行奸的外人而牵露亲属之奸罪者不视为告发；（10）谋叛以上国事重罪不得相隐，必须告发。[2]唐以后直至清末变法以前，容隐制度的内容大致如此，只有小变化（如亲属范围变化）。这一阶段的容隐制新增加的特征是：（1）空前周密；（2）特别从法律上矫

[1]《宋书·蔡廓传》，《晋书·刑法志》。

[2]以上《唐律》规定分别见《名例六》，《捕亡》，《断狱上》，《斗讼》三四，《名例五》。

正了容隐对国家根本利益的危害，如禁止隐匿叛国重罪；(3) 确定了尊长为卑幼隐罪的“权利”甚至义务（父祖与子孙间除外）。

第四阶段是清末变法以后至民国末期。这一时代大规模的法制变革使中华法系的特征大多宣告终结，惟亲属容隐制度经适当改造后保留了下来，并与西方法不谋而合。从《大清新刑律》到民国刑法，先后保留了为庇护亲属而藏匿人犯及湮灭证据者不罚、放纵或便利亲属脱逃者减轻处罚、为亲属利益而伪证及诬告者免刑、为亲属顶替自首或顶替受刑者不罚、为亲属销赃匿赃者得免罚、任何人有权拒绝证明亲属有罪、对尊亲属不得提起自诉等规定。[1] 这些规定虽与欧陆法律不谋而合（后面将要讲），但当时主持及参与修律者的主要动机及认识是在继承发扬中国容隐传统。如当时参与修法的刑部郎中吉同钧认为：“此律（指容隐——引者）与干名犯义……均系扶植纲纪敦叙伦常之意，刑法之可弼教化者在此律中，之所以为国粹者亦在此。检查东西各国刑法，均无此条，亦可知其好尚之所在矣。夫证父攘羊，（在外国）群称为直，以方城汉水之名区民望如岁之慈父尚不解此道理，而何论于异俗异教之人乎?”[2] 但我们也要注意到，受西方法律之影响，从《大清新刑律》开始，基本取消了“干名犯义”即子孙告父母有罪等以相隐为强制性法定义务或纲常义务的规定，基本上只剩下容隐权利规定。从以义务为主要特征的亲亲相隐到以权利为主要特征的亲亲相隐的转变，的确是在这一时期完成的。

(二) 西方容隐制度的历史发展与阶段特征

1. 古希腊罗马时期的容隐特征。古希腊有无容隐之法，未见

---

[1] 以上规定分别见《大清新刑律》第180条，《中华民国暂行新刑律》第180条及补充条例，《中华民国刑法》(1928年) 第177条、第183条，《中华民国刑法》(1935年) 第167条、第162条，《中华民国刑事诉讼法》(1935年) 第180条、第186条、第191条、第32条。

[2] 吉同钧：《大清现行刑律讲义》金册，宣统年间法政学堂印行，第108页。

记载。但“容隐”观念是有的。智者游叙弗伦告发父亲杀人，苏格拉底非难之，游氏也承认“为子者讼父杀人是慢神的事”。[1]《理想国》曾引智者色拉叙马霍斯的抱怨：“不随和亲友行不法之事，还要受亲友的憎恨，至于不公正者，其情形则恰与此相反。”[2]这反映古希腊社会有主张为亲属隐罪的观念。

古罗马法中关于亲属容隐的规定甚多。(1) 家属（子）不得告发家长对己私犯（帝政时代以后允许在特殊情况下申请准许控告个别极严重的侵害）；同一家长权之下亲属相盗不发生诉权；未经许可而告父亲者，任何人对其可提起的“刑事诉讼”。[3] (2) 尊卑亲属互相告发者丧失继承权（叛国除外）。(3) 不得令亲属互相作证：“父亲不宜做儿子的证人，儿子也不宜做父亲的证人。”(4) 家长或父亲有权不向受害人交出犯法的子女，即可以藏匿拒捕。[4]

古希腊、罗马法时代容隐观念或制度的特征可粗略总结的是：古希腊以人为神之裔，告发亲人使其受刑罚是侵犯了神。古罗马特别强调家父权，家是一个法律上的人格，家子的人格被吸附在家长权内而不能独存，故当然不得控告家长，家长与家子人格视为一体，当然不能互相控告或作证，[5]因为自己不能控告自己或为自己作证。

---

〔1〕［古希腊］柏拉图著，严群译：《游叙弗伦　苏格拉底的申辩　克力同》，商务印书馆1983年版，第15页。

〔2〕［古希腊］柏拉图著，郭斌、张竹明译：《理想国》，商务印书馆1986年版，第26页。

〔3〕［古罗马］查士丁尼著，张企泰译：《法学总论》，商务印书馆1989年版，第193页、第209页，周枏：《罗马法原论》上册，商务印书馆1994年版，第15页，第145页。

〔4〕周枏：《罗马法原论》下册，第487～488页、第145页。《民法大全选译·司法管辖权审判诉讼》，中国政法大学出版社1992年版，第61页。查士丁尼著，张企泰译：《法学总论》，第223页。

〔5〕［英］梅因著，沈景一译：《古代法》，商务印书馆1983年版，第81页、第83页。

2. 中世纪教会法与容隐问题。中世纪欧洲教会法是否允许容隐，未见记载。《圣经》未见反对亲属之间隐匿世俗犯罪的记载，但《申命记》第13章有主张对叛教的亲属送至公共场所处死的法条。至于《申命记》第21章将"顽梗悖逆"、"不听从父母的话"的儿子送到城门处死之教条，相当于中国古代将"不孝"之子"送惩"于官府，并非关于儿子犯有其他罪行而必须告发或捕送的规定。可以推说，教会法在宗教犯罪方面禁止容隐。

3. 近现代容隐制度。西方近现代容隐制度的主要特征是：保护权利、崇尚平等、防止变相株连。主要表现为：(1) 再无强迫为亲属容隐的义务性规定。如1810年《法国刑法典》第137条、第248条、第1871条，《德国刑法典》第157条、第257条等分别规定知道近亲属犯罪而不告发、故意隐匿、令他人隐匿自己亲属、为亲属作伪证、帮助亲属脱逃等均不受处罚。[1] 这都是正面肯定为亲属隐罪的权利。再也没有一条关于告亲属或为亲属有罪作证应受罚的规定。(2) 与此相关，规定近亲属有拒绝作证的权利。如现行《法国刑事诉讼法》第335条、1994年《德国刑事诉讼法》第52条、1988年《意大利刑事诉讼法》第199条等均规定，近亲属可以拒绝作证；即使自愿作证也有权不宣誓担保证词无伪；证人可以拒绝回答可能使自己的近亲属负刑责的问题。[2] (3) 规定司法官有义务保护证人此种权利，防止司法专横和变相株连。如《德国刑事诉讼法》第68条、《意大利刑事诉讼法》第199条均规定，法官一般不得就可能有损于证人亲属的名誉的事实发问，法官应告知被告

---

〔1〕《刑法资料汇编》第7辑，中国人民大学出版社1955年版，第25页、第45页、第168页、第204~205页。

〔2〕《法国刑事诉讼法典》，法律出版社1987年版，第335页；《德国刑事诉讼法典》，中国政法大学出版社1995年版，第13~17页；《意大利刑事诉讼法典》，中国政法大学出版社1995年版，第70页。

人的近亲属有拒绝作证的权利，不得强迫其作证或宣誓。[1]（4）再也没有容隐方面权利不平等的规定。古罗马法格外强调家子为家父隐罪；不得告发家父，但未直接规定不得告发子女。且子告父在任何情况下都丧失继承权，父告子只有在告发子犯有应处死刑的重罪时才丧失对子的继承权，[2]显然极不平等。近现代西方法彻底取消了此种不平等规定。如1975年《德国刑法典》只规定四亲等或二亲等以内的血亲和姻亲有权为亲属隐罪，并未单独指出子孙为父祖隐罪更为重要。[3]西方近现代关于容隐的上述规定，显然与资产阶级革命的人权、自由、平等、反专制等要求紧密联系在一起。

二、亲属容隐在中西文化传统中的同异

（一）中西之同或相似处

1. 早期的中西容隐制度，均起源于保护家族制、家长制之需要，其目的主要在维护家父（长）权威。在古罗马，家长权即是家庭权的全部，家长是一家之主；家长起初可以杀子女，后来还一直有权卖子女。家子（包括妻、子、媳、孙子女等）无独立人格，即使贵为元老、将军，只要未依法解除家长权，仍不能成为法律关系主体，不得进行民事活动。家子无财产，不能独立承担民事责任，其造成他人损害由家父应诉和赔偿；别人侵害家子，也被认为是对家父的侵害，家父可以用自己的名义对他人起诉。家父、家子被视为一个整体，因此，“自己不能起诉自己”，也不能告发自己。甚至同一家长权下的亲属之间（包括家父对家子）也不能互相控告偷盗，因为家长控制下的财产被认定为不可能被家长以外任何一个成

[1] 《德国刑事诉讼法典》，第18页、第20页；《意大利刑事诉讼法典》，第70页。

[2] 周枏：《罗马法原论》下册，商务印书馆1994年版，第487~488页。

[3] 《各国刑法汇编》下册，司法通讯社1980年版，第1168页、第671页。

员获得，[1] 它永远是一个整体。这只是一个方面，即由家团体权利和义务的一体化（由家长代行）或不可分的性质引起了为亲属隐（包括为子隐）的制度。另一方面，家父或家长甚至被视为国家的代表，其生杀予夺权被视为国家审判权的一部分或补充。[2] 故国家要特别惩阻告发家长这种有损家长权威、尊严的犯上行为。所以，对任何胆敢告发父亲的人，任何公民有权对其提起刑事诉讼。[3] 即使在罗马帝政时代以后允许家子控告家父对自己的极少数严重侵害情形，查士丁尼皇帝“为了表示对家长……的尊敬”，仍规定未经裁判官（或大法官）许可不得传唤家长或尊亲属出庭，违者罚金。[4] 这更明显地体现了保护家长权威尊严的意图。

2. 在中西之古代，差不多都有国事重罪不得容隐的限制，但近代以来均取消。古罗马法曾规定不准对尊亲属提起刑事诉讼，也不准告发卑亲属应处死刑之罪，否则丧失继承权。但又明确规定，叛逆罪和不效忠皇室罪除外。[5] 即是说鼓励亲属之间告发谋反等罪。这种限制与《唐律》相似。《唐律·名例六》：“诸同居……有罪相为隐……若犯谋叛以上者不用此律。”宋元明清律均同。明清律《斗讼》门“干名犯义”条还增加了“窝藏奸细”听告，也是国事

---

〔1〕［古罗马］查士丁尼著，张企泰译：《法学总论》，商务印书馆 1989 年版，第 27 页、第 193 页、第 201 页、第 204 页。［英］梅因著，沈景一译：《古代法》，商务印书馆 1983 年版，第 81 页、第 83 页。［古罗马］盖尤斯著，黄风译：《法学阶梯》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 282 页。

〔2〕周枏：《罗马法原论》上册，商务印书馆 1994 年版，第 138 页；［德］特奥多尔·蒙森著，李稼年译：《罗马史》第 1 卷，商务印书馆 1994 年版，第 135 页。

〔3〕［古罗马］查士丁尼著，张企泰译：《法学总论》，商务印书馆 1989 年版，第 209 页。

〔4〕［古罗马］盖尤斯著，黄风译：《法学阶梯》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 372 页。查士丁尼著，张企泰译：《法学总论》，商务印书馆 1989 年版，第 208 页、第 237 页。这种规定很像《礼记》“命夫命妇不躬坐狱讼”之制，不过对象不同。

〔5〕周枏：《罗马法原论》下册，商务印书馆 1994 年版，第 487 ~ 488 页。

罪。近代社会以来，西律几乎完全取消此种限制。如1810年《法国刑法典》、1871年《德国刑法典》等均无国事罪不得隐匿的规定。相反，现代西方刑法甚至公然规定包庇藏匿犯间谍、叛逆、侵略战争、内乱外患等重罪之亲属者不罚。[1] 中国也是如此，自1910年《大清新刑律》到1935年《中华民国刑法》均无国事犯罪不得隐匿之规定。1928年《中华民国刑法》甚至明文规定知亲属犯内乱外患等重罪而不告发者免除其刑。[2]

3. 从古至今似乎均有容隐亲属范围不断扩大之趋势。先看西方，古罗马的容隐亲属范围似乎仅在父子夫妇之间，仅指在一个家长权之内的亲属间（有时也可能包括祖孙）未涉及兄弟、伯叔等。到1810年《法国刑法典》，容隐亲属范围扩大至所有直系尊卑亲属、现配偶或前配偶、兄弟姐妹或同亲等之姻亲。1871年《德国刑法典》扩至尊卑血亲姻亲、配偶及未婚配偶、兄弟姐妹及其配偶，还包括养父母子女、养育（意即监护?）父母子女（1976年《德国刑法典》又增加了“配偶的兄弟姐妹及曾有二亲等以内姻亲关系者。”）到1968年《意大利刑法》，在直系血亲姻亲、配偶、兄弟姐妹及同亲等的姻亲之外，明确增入叔伯父母（含姑姨舅等）及堂兄弟姐妹。到1975年的《法国刑法典》竟扩大至四亲等以内的血亲和姻亲。这个亲属范围甚至包括自己和配偶的伯叔祖父母、堂（表）兄弟姐妹及其配偶、侄孙子女及其配偶。[3] 这大大超出了中

---

〔1〕 1975年《法国刑法典》第100条；1976年《德国刑法典》第139条；1968年《意大利刑法典》第307条。参见《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1168页、第1552页，《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社1980年版，第770页。

〔2〕《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社1980年版，第181页。

〔3〕《刑法资料汇编》第7辑，中国人民大学出版社1955年版，第25页、第45页、第119页；《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社1980年版，第671页；《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1552页、第1168页。

国旧律五服图之范围。

中国也是如此。汉宣帝诏书所允容隐范围为父子、祖孙、夫妻。唐律扩大至同居的无服亲属及非同居的大功以上亲属以及夫之兄弟、兄弟妻、外祖父母、外孙、孙之妇。到明清律，在此范围之上又增加了岳父母和女婿。到《大清新刑律》，其容隐亲属范围为："（一）尊亲属：祖父母、高曾祖父母、父母、夫之祖父母父母；（二）亲属：夫妻，本宗服图期服以下者，外亲服图小功以下者，妻亲服图缌麻以下者，妻为夫族服图小功以下者，出嫁女为本宗服图大功以下者。"[1] 这实际上包括五服图中（非同居的）"袒免亲"在内。1928 年《中华民国刑法》容隐亲属范围为夫妻、四亲等以内宗亲、三亲等以内外亲、二亲等以内妻亲。这也包括玄孙妇、母之祖父母、妻之祖父母或兄弟姐妹等传统的无服亲属，不论是否同居。至 1935 年《中华民国刑法》和《刑事诉讼法》，容隐亲属范围扩大至五亲等内之血亲、三亲等内之姻亲。这是古今最广的容隐亲属范围。[2] 这种容隐亲属范围不断扩大的趋势的确出我意料。我将另行撰文析论。

（二）中西之差异

1. 从容隐制的内容来看，中国容隐制强调尊卑远近亲属间的不平等。西方容隐制则不强调此种差别。从《礼记》主张"事亲有隐无犯"起，中国的容隐制基本上以"为尊者讳（隐）"为主要内容。先秦各家讨论父攘羊子该不该作证问题时，重心都在"子为父隐"，而"父为子隐"是次要的。秦时"子告父母"不受理，但父甚至可以"谒（请求官府）杀"子女。汉宣帝初定"亲亲得相首

---

[1] 《大清新刑律》（附平议），宣统年间资政院排印本，第 18～19 页、第 82 条。另见《中华民国暂行新刑律》第 82 条，雷同。

[2] 《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社 1980 年版，第 153 页、第 37 页、第 67 页。

匿”法，但仅规定“子首匿父母、妻匿夫、孙匿大父母”勿坐。而“父母匿子、夫匿妻、大父母匿孙”触犯死罪者才“上请廷尉以闻”（由廷尉报请皇帝圣裁），其他不上死刑的首匿罪可能照罚不误。唐律规定，告父母祖父母者绞，而父祖告子孙甚至诬告以死罪仍不坐；告期亲尊长虽得实徒二年，而告期亲卑幼虽得实仅杖六十。[1] 这都是在容隐问题上强调尊卑亲属间不平等。

最为典型的是关于“母杀父”的问题，更突出体现了尊卑不平等。本来父母之于子女，同系骨肉至亲，无分厚薄。当时法律不但规定父杀母，子不能告；还特别规定母杀父，子也不能告。故北魏时有律规定“母杀其父，子不得告，告者死”。时人窦瑗极论此法之非，认为：“若父杀母，便是夫杀妻，母卑于父，此（时）子不告是也。而母杀父，不听子告，臣诚下愚，以为惑……今母杀父而子不告，便是知其母而不知其父，识以比野人，义以近禽兽。且母之于父，作合移天。既杀己之天，复杀子之天。二天顿毁，岂容顿默?”[2] 他建议将母杀父“附之谋反大逆子得告之条”，结果不知如何。但直到《唐律》仍止规定“嫡、继、慈母杀其父……并听告”，[3] 仍未明确规定“所生母杀其父”准不准告。不过到了明清律就明确规定“嫡母继母慈母及所生母杀其父……并听告”。[4] 看来以窦瑗之论为代表的这种思想影响了明以后刑律。本来“子于父母，同气异息，终天靡极，在情一也，今忽视其尊卑，辨其优劣，推心未忍，访古无据”，[5] 但明清律以后，父尊母卑观念支配了容隐之律。故直到《大清现行刑律》，母杀父准告，父杀母不准告。这种尊卑不平等就不仅是出于照顾人情，而重在纲常了。与此有

〔1〕《唐律疏议·斗讼三》、《唐律疏议·斗讼四》。
〔2〕《魏书·窦瑗传》。
〔3〕《唐律疏议·斗讼三》。
〔4〕《大明律》及《大清律》之《刑律·诉讼》“干名犯义”条。
〔5〕《唐律疏议·斗讼三》、《唐律疏议·斗讼四》。

关，《唐律》还规定嫡、继母杀其所生庶母亦不得告（明律未明定，但应亦有此旨），[1] 这也是典型的尊卑不平等之容隐法。本来生母最亲近，真正为骨肉至亲，而嫡母、继母只是伦理上的母亲。他们杀生母，允许子告发才合乎亲情。但此时尊卑伦常压倒了亲情。[2]

除上述尊卑不平等的容隐规定外，还有亲疏远近亲属间的不平等。自唐至清律均规定，告越亲近的尊亲属罪越重，告越疏远的卑亲属罪越轻。这实即规定，为近亲属容隐的义务重于为远亲属容隐的义务，为尊亲属容隐的义务重于为卑亲属容隐义务。还有《唐律》规定："其有五服内亲属自相杀者，疏杀亲，合告；亲杀疏，不合告。亲疏等者，卑幼杀尊长得告，尊长杀卑幼不得告。其应相隐者，疏杀亲，义服杀正服、卑幼杀尊长，亦得论告。其不告者，亦无罪。"[3] 还规定："所养父母杀其所生父母，并听告。"[4] 将尊卑、亲疏两个评价是非之标准的矛盾冲突调和得如此周密细致合乎伦常，实在是西方刑法想都未曾想过的。这的确是中国智慧中特有的本领。

中西异俗，西人根本犯不着在尊卑亲疏伦常名分上那么费心思。西方的容隐法远没有那么复杂，也基本没有尊卑亲疏间严重不平等之规定，相对而言比较平等。在古罗马，对尊亲属和对卑亲属提起刑事诉讼（其中对卑亲属须为死罪之诉告）或虐待、谋杀、遗弃之，为者都一样相互丧失继承权。法律还允许子孙在获得官方准

---

[1] 《唐律疏议·斗讼三》。

[2] 但《唐律疏议·斗讼三》又解释说：所生母若不是庶母，而曾为父之正妻；被出之后，父之继妻杀之，子仍可告发。这是在尊卑名分相等时又回来论血缘亲疏了。

[3] 《唐律疏议·贼盗一》。

[4] 《唐律疏议·斗讼三》。直到《大清新刑律》和《中华民国刑法》、《中华民国刑事诉讼法》，仍规定诬告尊亲属加重处刑、对直系血亲姻亲尊亲属不得提起自诉，或许仍出于伦常、名分之考虑。

许之后提起控告家长（父）对自己的人身侵害和对自己特有财产的侵害的诉讼。[1] 在古罗马的所谓“弑亲罪”中，最初仅指杀害尊亲属，后来也包括杀死子孙。杀父母与杀子孙者一律依当时的《庞培法》处以“与狗、公鸡、蛇和猴各一一起封闭在袋内”投之水中的刑罚。[2] 说明其时伦理观念视伤害近亲属一样罪重，不论尊卑。西方近代以来的刑事法更强调亲属平等，一般都规定对尊卑亲属的诬告、杀伤等处罚平等。只规定对亲属的人身伤害罪责重于伤害常人，但在亲属圈内却无尊卑之别。[3]《意大利刑法》第 582 条甚至于脆规定：“一般伤害罪为自诉，不告不理。但对尊卑亲属、配偶、兄弟姐妹、养父母子女、直系姻亲犯伤害罪者不在此限。”[4] 此规定意即，亲属之间的伤害案件，即使没有自诉，也允许他人告诉（发）。其立法宗旨显然是要家庭以外的公众舆论等力量监督家庭，防止家内有人悖逆亲情并利用亲属朝夕共处之方便伤害年幼的卑亲属或年老体弱的尊亲属。一旦发现，应当告发，由检察官提起公诉。这实为对尊卑亲属一视同仁地保护，也一视同仁地责令尊卑亲属在受侵害时不得隐忍不告（不告则公诉之）。

2. 从容隐制的目的看，中国的容隐制稍偏重于维护伦常关系，西方容隐制更偏重于人的基本权利保障。西方容隐制度在保护个人

---

〔1〕 周枏：《罗马法原论》下册，商务印书馆 1994 年版，第 487～488 页，上册，第 145 页。[古罗马] 查士丁尼著、张企泰译：《法学总论》，商务印书馆 1984 年版，第 208 页。

〔2〕 [古罗马] 查士丁尼著、张企泰译：《法学总论》，商务印书馆 1989 年版，第 241 页。

〔3〕 如法国、德国、意大利、西班牙、奥地利、瑞士等国均规定诬告、杀害、伤害亲属罪重于对非亲属犯此罪。但《法国刑法典》（1994 年）第 221－4 条，《意大利刑法》第 576 条等规定卑亲属害尊长加重处刑。参见《法国刑法典》，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社 1980 年版，第 1627 页。

〔4〕《意大利刑法典》，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社 1980 年版，第 1629 页。

的基本权利问题上比较着意，常设法弥补此方面的漏洞。如早在古罗马帝政时期，子女和奴隶就可以在受家长虐待、家长侵害其特有财产，或就关于其受解放的遗嘱有争议等情形下控告家长（父），以保护自己的权利（哪怕是比家长少得可怜的权利）。[1]而与此同时代，中国的汉律至唐律均规定告祖父母者为“不孝”，处死刑，[2]而不论子孙是否真的受伤害。至于近、现代西方容隐制中的种种规定，几乎无一不是在为保护人权而设制。如拒绝作证或拒绝宣誓权，对自己及亲属犯罪的缄默权、对亲属的护卫权，均通过刑法、刑事诉讼法的种种规定体现了出来（前文已述）。又如规定对绝情绝义而伤害亲属者，法律不许其隐忍并要公诉（如《意大利刑法》第582条），[3]旨在帮助弱势亲属护卫自己权益。规定亲属一般隐匿帮助犯罪亲属的行为不罚，旨在防止株连或对犯罪的无限制报复，保护人权。还有如英国1898年《刑事证据法》规定，在夫对妻或妻对夫谋杀伤害案中，在夫妻一方猥亵或虐待子女案中，另一方可以或必须为对方（加害方）有罪与否作证，特别是在配偶伤害案中可以强迫受害方作证。再如《意大利刑事诉讼法》199条规定，在自己提出控告或近亲属受到犯罪侵害的案件中，任何人应当作证。[4]这些规定都表达了这样的立法意图：在受亲属伤害或知道自己的近亲属之间有互相伤害事实时，不得私自隐匿犯罪行为。你想考虑亲属情分而隐忍屈辱、自行放弃权利也不行，国家不同意。但这种隐忍在中国法传统中正是要鼓励的。

中国古代法并非如前些年传统批判论者所言完全不讲个人权

---

〔1〕［古罗马］查士丁尼：《法学总论》，商务印书馆1989年版，第208页；周枬：《罗马法原论》上册，商务印书馆1994年版，第145页。

〔2〕《汉书·衡山王传》：“太子（刘）爽坐告王父（刘赐）不孝，弃市。”

〔3〕《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1629页。

〔4〕［英］特纳著，王国庆等译：《肯尼刑法原理》，华夏出版社1989年版，第571～573页；《意大利刑事诉讼法》，第70页。

利，有时也讲。在容隐制上也考虑过卑幼和弱者的权利。如《唐律》规定期亲以下缌麻以上尊长或夫伤害卑幼或妻之人身（或侵夺卑幼财产）者，听（妻或卑幼）告诉，不责以告夫或告尊长之过。又如规定在押囚犯不得告举他事（以防辞连亲友或乱诬他人），但“狱官酷己者听告”，[1]旨在防止狱吏虐待，保护囚犯之权利。这些我们都应该注意到。但是我们又不能不承认：中国的容隐制最初出发点或基础（即人道亲情、人的权利）后来慢慢被太强的伦理纲常追求淹没了、淡化了。主要表现就是过分强调亲亲尊尊、爱有差等。其表现于容隐制或相关问题者有四：(1) 关于隐匿，主要偏重于子孙对父祖的隐匿义务；(2) 关于告发，主要偏重惩罚子孙告发父母即“干名犯义”；(3) 在亲属容隐圈内特别强调尊卑亲疏等级，依等级确定容隐义务和告发权的有无及大小；(4) 关于亲属间的犯罪，也特别依伦常定轻重。如骂詈告讦之犯及人身伤杀之犯，尊对卑而犯越亲者刑越轻，卑对尊而犯越亲者刑越重；人身强制之犯（如略卖、和卖），也是越亲刑越轻（只假定尊卖卑幼）；性侵犯（乱伦），越亲近刑越重（不论对尊对卑而犯）。

这些规则标准，让人眼花缭乱，但其内部逻辑关系极为周密，其宗旨就在于保护以“三纲”为核心的伦常。但是不是说一偏重保护伦常就不能保护个人权利了呢？不是的。在相当多的情况下，保护伦常和保护个人权利并行。但在一些伦常要求与卑幼个人权利要求相冲突的事情发生时（如子孙被父祖虐待），中国的容隐制就舍人权而全伦常了。此即“以理杀人”。

三、不同社会制度下容隐制的同异

据我考察，在前资本主义制度（包括奴隶制、封建制）下有容隐制？在资本主义制度下有容隐制，甚至在社会主义制度下也曾有容隐制。三种社会制度下的容隐制既有相同处也有不同特征。以下

[1]《唐律疏议·斗讼四》。

分述之。

(一) 共性或基本类似

1. 对基本的人类亲情的宽谅、照顾、维护。在前资本主义制度下，容隐制的“立法理由”曾被公开表述为主要是照顾人类亲情。如汉宣帝地节四年诏：“父子之亲，夫妇之道，天性也。虽有祸患，犹蒙死而存之。诚爱结于心，仁厚之至也，岂能违之哉!”[1] 据此制定“亲亲得相首匿”之法。古罗马皇帝查士丁尼在废止迫令父亲向受害人交出犯罪子女之诉时也表达了同样的“立法理由”：“古人甚至将上述规则（即交出加害人之诉——引者）同样地适用于处在父亲权力下的子女，但是后人正确地认为这种办法过于严峻（酷）。因此，（我决定）全部予以废止。因为谁能忍心把自己的子女尤其是女儿作为加害人而向他人交出呢？因为父亲由于儿子的遭遇比儿子本人更加感觉痛苦，至于廉耻观念更不容许以这种办法对待女儿。”[2] 唐律规定“得相容隐者不得令为证”及“匿得相容隐者之侣（同案犯）亦不坐”。[3] 与古罗马不得令父子互为证人之律，显然有着宽谅人之亲情，不过分违逆人之常情这一方面的立法意图。

在资本主义社会制度下，其容隐制似乎更为明显地体现着此种立法意图。主要有以下体现：(1) 隐匿亲属之行为必须真正出于爱亲利亲之目的才可免罚，若以自利为目的者仍罚之。如 1871 年《德国刑法典》第 258 条，现行《阿根廷刑法》第 279 条均规定：若以为自己取得财产利益或物质报偿为目的而藏匿犯罪亲属者，不

---

〔1〕《汉书·宣帝纪》。

〔2〕[古罗马] 查士丁尼著，张企泰译：《法学总论》，商务印书馆 1989 年版，第 223 页。

〔3〕《唐律·断狱下》，《唐律·捕亡》。关于匿亲属之同案犯亦不坐，《唐律疏议》曰：“若纠其徒侣，亲（属）罪即彰，恐相连累。”此条旨在照顾人们不愿连累亲属之情。

得免刑。[1]这实即正告人们：亲情不得歪曲变调，要纯洁。（2）犯罪若是针对亲属，则不许隐匿。如《英国刑法》规定，若夫妻一方企图或实行谋杀伤害另一方，受害方就应出庭作证，没有拒绝作证权。[2]又如《意大利刑法》第582条、《刑事诉讼法》第199条规定，一般伤害罪为自诉罪，但伤害近亲属为公诉罪，亲属亦不得隐忍不告，受害者和其他近亲属均有作证义务。[3]再如《西班牙刑法》第17条规定，杀害父母妻子之罪必须告发，亲属不得容隐。[4]这些规定表明的意图是：容隐制只能用于维护亲情，决不可反过来为背叛亲情的恶人掩罪。[5]（3）任何人可以为近亲属做辩护证人，即有权证明亲属无罪。如1898年《英国刑事证据法》规定：“在普通刑案中被告的配偶可以作证，但只能当辩护证人，不能强迫其作证。如果被告不让配偶出庭作证，控诉方也不得对此加以评论。”[6]

中国近代法制变革以后产生的新型刑法、刑事诉讼法也有类似规定，不必赘举，仅举两点为例。一是1935年《中华民国刑法》第167条规定，藏匿人犯及湮灭证据的亲属只有以“图利犯人或依法应逮捕拘禁之脱逃人”时才减轻或免除其刑。这等于说，图利自

[1]《刑法资料汇编》，第7辑，中国人民大学出版社1955年版，第205页。The Argentine Penal Code, Fred B, Rothman &Co. New York University 1963, p.103.

[2][英]鲁珀特·克罗斯等著，赵秉志等译：《英国刑法导论》，中国人民大学出版社1991年版，第289～290页。

[3]《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1629页；《意大利刑事诉讼法典》（1994年），第70页。

[4]《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1697页。

[5][英]特纳著，王国庆译：《肯尼刑法原理》，华夏出版社1989年版，第571～573页。这种情形，与中国古代母杀父时允许子告母、期亲以下尊长伤害卑幼时允许告发、夫妻义绝时允许妻告夫（参见《唐律·斗讼》和《大清律·刑律·诉讼》）等规定极相似。犯罪人既已自无亲情，就不得以亲情匿护之。这当然还有伦常尊卑考虑。

[6][英]特纳著，王国庆译：《肯尼刑法原理》，华夏出版社1989年版，第571页。

己或第三人时则不得减免其刑。二是 1935 年《中华民国刑事诉讼法》第 180 条、第 186 条、第 191 条规定，被告的近亲属得拒绝证言，其自愿作证者也不得强令他们具结（誓保无伪）；法官也不得讯问恐作证言有害（并非本案被告的）亲属而不愿作证之人。[1] 总之是不得强迫人们违逆一般亲情，不强人所难。这与资产阶级标榜的人性论是紧密相关的。

在社会主义制度下，仍有容隐制度存在。且仍有此种宽容、维护亲情的考虑。例如，前《捷克斯洛伐克刑法》第 163 条至第 165 条，前《波兰刑法》第 247 条至第 254 条、前《保加利亚刑法》第 110 条、第 188 条、第 226 条、第 264 条等均规定，为帮助近亲属而实施包庇藏匿罪犯、知犯不举、伪证或湮灭证据、代替受刑、隐匿赃物等行为不罚或减轻处罚。[2] 前《东德刑事诉讼法》第 46 条、第 49 条，前《保加利亚刑事诉讼法》第 49 条均规定，被告人的近亲属有拒绝作证权，任何证人如恐回答问题会危及自己的近亲属，则有权拒答。[3] 两类规定其立意显然是考虑一般人情，不强人所难。最为典型的是下面两条规定。一是前《捷克斯洛伐克刑法》第 163 条规定，为自己或他人取得财产上利益而为窝藏犯罪亲属行为者不得免罚。[4] 这也是说，只有纯出于亲情即只图有利于

---

〔1〕这些规定自 1935 年以后一直存在，直至今日台湾地区仍保留。见《最新六法全书》，三民书局 1996 年版，第 454 页、第 485 页。

〔2〕《捷克斯洛伐克共和国刑法典》（1950 年—1989 年），法律出版社 1956 年版，第 71 页、第 73 页。The Penal Code of the Polish People's Republic, Fred B, Rothman & Co. New York University, 1973, pp.102 ~ 103.《保加利亚人民共和国刑法典》（1950 年—1989 年），法律出版社 1963 年版，第 29 ~ 30 页、第 51 页、第 60 ~ 61 页。《罗马尼亚社会主义共和国刑法典》，西南政法学院科研处翻译印行 1983 年版，第 56 页、第 70 页、第 74 页、第 82 页、第 108 页。

〔3〕《德意志民主共和国刑事诉讼法》，法律出版社 1956 年版，第 14 页、第 15 页。《保加利亚人民共和国刑事诉讼法》，法律出版社 1957 年版，第 10 页。

〔4〕《捷克斯洛伐克共和国刑法典》，法律出版社 1956 年版，第 71 页。

被匿亲属者才正当，否则不正当。这与前引德国和阿根廷刑法规定用意一致。二是前《波兰刑法》第252条规定，如果犯罪人的犯罪行为给近亲属带来了帮助或为了避免自己或近亲属遭受刑罚而为(如伪证)，法庭可以考虑减免其刑。[1]这也是说为亲属之利益而犯罪近乎人情，因而有一定可谅性。

2．在国家利益和亲情（或亲属利益）之间一般矛盾的场合均偏向后者，旨在保全国家更长远的利益。在前资本主义制度下，面对“亲属犯罪可不可以隐匿”这种“家国不可两全”的严重问题时，一般均是主张舍国益而保全家益。在中国，孔子主张“父子相隐”，放纵犯盗罪的亲属；孟子主张“窃父而逃”，不惜践踏国家秩序也要保全有罪亲属。战国时，石奢为楚理（司法官），放跑了犯杀人罪的父亲，回宫自杀向楚王谢罪（放纵罪犯脱逃之罪）。表面上“忠孝两全”，实则舍忠全孝：救了父亲、毁了国法。[2]忠孝两全是很难的。一定要追求亲属犯罪时忠孝两全或家国两全，则不免于成为《吕氏春秋》所描述的那个伪“直躬”者：“楚有直躬者，其父窃羊而谒之上，上执而将诛之，直躬者请代之。将诛矣，告吏曰：父窃羊而谒之，不亦信（忠）乎？父诛而代之，不亦孝乎？信且孝而诛之，国将有不诛者乎？荆王闻之，乃不诛也。”这实际上是个玩弄国法博取名声的伪君子，孔子怒斥曰：“异哉直躬之为信也，不若无信！”[3]立法者若不想鼓励人们当这种伪君子，就得做出宽谅亲情、偏向亲情的选择。这就是中国古代社会几千年亲亲相隐之法的由来。但这种选择对国家归根结底是有利的，因为若不这

---

〔1〕 The Penal Code of Polish People's Republic, p.103.

〔2〕 刘向：《新序·节士》。石奢之举，甚至可以说是“不忠不孝”，自毁亲赐之躯为不孝，纵国贼又使君失大臣为不忠。

〔3〕《吕氏春秋·仲冬纪·当务》，古人讲忠孝不可两全，有两种情形。为国上疆场之时，舍孝全忠；其父攘羊之类情形，则主张舍忠全孝。

样，“相隐之道离，则君臣之义废；君臣之义废，则犯上之奸生矣。”[1] 所以，国家立法在一般不危及国家眼下存亡的犯罪上允许人们照顾亲情而隐匿，这样有利于亲属间和谐，故也有利于国家和谐。但若是叛国重罪，直接威胁国家生存，就决不允许舍国全家了。立法如此，司法上也如此。南阳梁时人景慈证实其母犯有“诱口”（拐卖人口）之死罪，法官虞僧虬恶之，曰：“岂得避五岁之刑而忽死母之命？”遂流放之。[2] 元时斡鲁思、速怯等告发父亲谋反及母“私从人”（淫奔），元英宗大怒：“讦父母于官，岂人子所为？”诏斩之。[3] 这种选择或判法，用国家的眼下利益来评价均是无法解释的，只能说是忍近害求远利。古罗马的情形与中国相似，罗马法不许对父母提起刑事诉讼，剥夺告发父母者的继承权，不许父子互相证罪等规定，虽然有维护家父权之意图，但也不可否认有偏袒一般亲情之意图。最为典型的是家长可以不向受害人交出犯罪子女之制及查士丁尼大帝的解释（均见前引），更说明了此种偏向。因为采取与上述相反的做法似乎更便利眼下的国家司法和治安。至于为什么这种选择或偏向有利国家长久利益？作相反选择为什么会有害国家长远利益？这是个大题目，也有待来日专文研究。

在近现代资本主义制度下，古代强制性为亲属隐的义务虽然取消，但为亲属隐罪的自愿行为之权利仍被肯定下来，并应用于多种情形，前面第一部分引证的近现代西方法许多规定均有屈国全家之意。不过最为典型的是关于国事罪不得隐匿之限制的取消。如1994年《法国刑法典》第434-1条和第434-6条，《德国刑法典》（1976年）第139条，《意大利刑法》第307条等均规定，故意藏匿

---

〔1〕《晋书·刑法志》。

〔2〕《隋书·刑法志》。

〔3〕《新元史刑法志》。告谋反亦惩罚，虽系个案，但英宗所宣明的理由显有代表性或一般意义。

图谋或实施叛国、内乱外患等重罪之近亲属者不罚。[1] 这些国家均责令非亲属间告发国事罪（知而不告者有罪），但不责令亲属间告发，显系向亲情让步或屈国全家，比资本主义以前大进了一步：国事罪场合亦不排斥此种偏袒。中国近代法律制度变革后也是如此，也不再有国事罪不得隐匿之限制。此点在前之已述，不再赘举。

在社会主义制度之下，也可能有此种选择或偏向。以前东欧社会主义国家为例，前已列举，各国均有隐匿亲属的一般犯罪不罚或减罚之规定，这种选择与孔子主张隐匿“攘羊”之父的选择似乎有相同之处，与近代西欧的容隐法似乎也有相同的选择的一面。不过，东欧刑法一般都规定国事罪不得隐匿（详后），这与西欧不同。但前《波兰刑法》第254条也规定，任何人知道他人犯叛国等重罪而不通知司法机关者，应处6个月至5年徒刑，但恐近亲属受刑罚而不举告者不罚。前《罗马尼亚刑法》虽规定藏匿犯叛国、资敌、谋反等罪的亲属者不能免罚，但又明确规定应减轻常人刑罚的一半。[2] 此种“屈国全家”的选择虽然比资本主义法稍轻一些，但这种一般情形下的偏向（叛国情形除外）是无可否认的。

（二）相异或特殊性

1. 前资本主义制度下的容隐制度，特别注重维护家长权、家制度，维护子孙对家长的人身依附，把容隐主要作为子孙对尊长的义务规定下来。亲情的考虑退居次要地位。在中国，从秦开始，维护家长权威尊严即是容隐制的主要目的。秦简载秦律禁止“子告父母”，是与禁止“臣妾告主”并列的。就是说，其立法意图主要是

---

〔1〕《法国刑法典》（1914年），中国人民公安大学出版社1995年版，第166～167页。《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社1980年版，第770页；《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1552页。

〔2〕The Penal Code of Polish People's Republic, p.104.《罗马尼亚社会主义共和国刑法典》，第56～57页。

维护家长对子女（像主人对奴隶一样）的支配权，像严禁奴婢冒犯主人一样禁止子女冒犯家长尊严。此外，其时家长还有送不孝子女到官府“谒杀”之权。[1]《唐律》的容隐制规定，侧重点仍在维护绝对家长权，通过维护家长权威来巩固宗法制度：子孙告父祖处绞刑，十恶不赦；而父祖即使诬告子孙以死罪，仍不坐。[2]它也规定尊长告发期亲以下卑幼有罪（其刑罚远轻于同亲等卑幼告尊长），这虽有维护亲情，反对“不睦”之用意，但却是针对尊长告自己的家长权支配范围以外的卑幼而规定的。就是说，在考虑家长对直系子孙的支配权时，亲情变得次要；只有在这种支配权以外，才以亲情和睦维系为虑。此种原则直到清末未改。

西方也是如此。古罗马法中的容隐制主要是维护家父权，强调家子对家父的尊敬、服从、依附义务。这在本文第二部分里已经谈及。这里值得补充的是：与秦律一样，罗马法中的这些义务是与奴隶不得告主等义务相提并论的，均视子女为家父的奴隶或财物（家长可以出卖子女，经三次出卖方可解脱家父权控制）。[3]特别是关于家长可以拒不交出加害于人的犯罪子女之规定，除了考虑到家父不忍心以外，也显然还有赋予家长保护自己的财物或保护自己的“主权”——庇护自己的“臣民”拒不引渡之意。虽然中西家族制度有所不同，但双方古代容隐制所体现出的维护家长权、强调子女对家长的依附和义务的立法意图是大致相同的。至于在中西前资本主义社会的容隐制为什么都不约而同地特别维护家长权、家制度，这是另一个应当专题研究的问题。

2. 资本主义社会的容隐制度，特别着眼于其所标榜的人道亲

---

〔1〕《云梦秦简》之《法律答问》，《封诊式》。

〔2〕《唐律·斗讼四》这里的“子孙”，包括儿子，孙子、外孙、子孙之妇妾及已之妾。

〔3〕[古罗马] 查士丁尼著，张企泰译：《法学总论》，商务印书馆1989年版，第209页、第237页。[古罗马] 盖尤斯著，黄风译：《法学阶梯》，中国政法大学出版社1996年版，第50页。

情和人权，视容隐权利为人的基本权利之一部分；不再有任何为尊亲属隐的义务性规定。它还特别强调拒绝作证权问题，这或许还有反对司法专横和株连之用意。这些特征，我在本章第一部分讲近代西方容隐制四大特征时已经谈及。这里需要补充的是，中国近代刑事法（如果我们也视其为资本主义法的话）也至少在文字上体现了这些特征。以 1935 年《中华民国刑法》和《中华民国刑事诉讼法》、《中华民国民事诉讼法》为例可以看出。《中华民国刑法》第 167 条、第 162 条、第 351 条分别规定，为亲属之利益而藏匿人犯、湮灭证据、便利脱逃、销赃匿赃者得免刑或减轻其刑。《中华民国刑事诉讼法》第 180 条、第 186 条、第 191 条及《中华民国民事诉讼法》第 307 条分别规定，近亲属得拒绝证言，其自愿作证者不得令具结（誓保无伪），司法官不得强迫恐证言有害亲属而不愿作证之人作证。这些规定，实际上都是正面赋予人们“隐亲权利”的规定：“得”是当事人的权利；“不得”是法官的义务，一正一反，保护容隐权利防止法官专横和株连之意图甚明。当然，这种规定是否兑现，那是另一回事。不过，挺有意思的是，中国现代所谓资本主义型的刑法还留有保护家长制的影子，还有“隐亲义务”式的规定。如《中华民国刑法》（1935 年）第 32 条规定，对直系尊亲属（包括姻亲）和配偶不得提起自诉。这还有点惩禁“干名犯义”的味道。这倒实在是中国近代革新后的容隐制的特色之一。

3．社会主义制度下的容隐制，除了批判继承了资本主义社会容隐制的重视亲情和权利、防止司法专横和株连的特征以外，还特别强调对国家利益和集体（公共）利益的保护，特别将国事罪如侵犯公共利益的某些犯罪排除于容隐之外。如前《罗马尼亚刑法》第 170 条、第 173 条、第 234 条、第 264 条分别规定，犯罪人的配偶和近亲属明知叛国、间谍、怠工、破坏国民经济、挪用巨额公款、盗窃公财、特别严重的诈骗公财等罪即将发生而不告发者或包庇隐匿者，应受刑罚处罚，但应减常人之刑的一半。近亲属包庇隐匿其

他罪刑均不罚。[1] 前《捷克斯洛伐克刑法》第 163 条规定，近亲属窝藏包庇一般犯罪不罚，但窝藏包庇犯叛国罪、怠工罪、间谍罪之亲属应罚。[2] 前《东德刑事诉讼法》第 46 条、第 49 条规定，近亲属有拒绝作证的权利、任何证人有拒答危及自己近亲属之问题的权利，但依刑法规定有检举义务者除外。而其刑法规定的检举义务主要指叛国罪及破坏公共财产等罪必须告发。[3] 前《保加利亚刑法》第 96 条规定，任何明知他人实施危害人民共和国罪而不告发者应处 3 年以下刑，亲属也不例外。[4] 当然，社会主义刑法并非都如此，也有例外。如前《波兰刑法》第 254 条明确规定亲属包庇隐匿叛国怠工、间谍、破坏等重罪亦不罚。[5]

四、不同法系中亲属容隐制的同异

当今世界，一般认为有三大法系：大陆法系、英美法系、社会主义法系。各法系的特征主要体现于各自不同的法律渊源、法律体系结构、审判模式、证据规则的风格上。这里简单比较一下三大法系的容隐制之间异是有意义的。

（一）三法系共性及原因

三大法系在容隐制度上的共性，主要表现在容隐制的总体构成（格局）上不约而同以及在每一主要规定的设计初衷上可能相同。

三大法系的容隐制度，都由两个方面的规范构成。一方面是刑法规范，包括明知亲属犯罪而故意不告发、包庇藏匿、帮助脱逃、湮灭证据、作伪证、帮助销赃匿赃等行为不罚或减轻处罚的刑法规范，各国均或多或少地有。虽然大陆法系、社会主义法系在这一方面的刑法规范要多一些，英美法系的这一方面刑法规范要少一些，

[1] 《罗马尼亚社会主义共和国刑法典》，第 24 页、第 56 页、第 57 页、第 82 页。
[2] 《捷克斯洛伐克共和国刑法典》，法律出版社 1956 年版，第 71 页。
[3] 《德意志民主共和国刑事诉讼法》，法律出版社 1956 年版，第 15 页。
[4] 《保加利亚人民共和国刑法典》，法律出版社 1963 年版，第 25 页。
[5] The Penal Code of the Polish People's Republic, p.104.

但三大法系都有这一方面的刑法规范内容是明显的。前面各部分的列举中说明了这一点，下文还要再补充关于英美法系容隐制的规定内容。另一方面是诉讼法规范，三大法系均不约而同地于刑事诉讼法（甚至包括民事诉讼法）设计了两个不可分离的重要制度：一是被告人的近亲属有拒绝作证的权利，任何证人有拒绝回答可能危及自己及近亲属的询问的权利；二是法官不得强迫这两种人作证或回答问题。这两个方面的规定互相依存：就我所查阅过的三大法系的数十个国家法典来看，有近亲属拒绝作证权之诉讼法规范者，必有容许隐匿犯罪亲属方面的刑法规范；反之亦然。没有者则两者全无，不留任何遗迹。[1] 这两大构成部分及依存关系，甚至古中华法系亦然（仅无近亲属得拒绝作证的正面权利规定，但通过禁止法官讯问近亲属实际上肯定了近亲属得拒证）。

这种共同的总构成，应与法律现象和道德伦理及大众心理习惯之间的内在关系有关。即是说，应有共有的设计初衷或出发点。例如，从刑法角度看，除了前面述及的维护道德伦常和亲情等实质性目的外，三大法系的容隐制度至少还有一些技术或程序层次的目的或出发点，即期待可能性问题——能期待多少人“大义灭亲”地告发犯罪亲属以捍卫国家和公共利益？若估计多数人做不到这一点，就不必立“责众”之法。[2] 另外，若因一人犯罪牵带一干亲属人等也因为不举告、提供隐匿场所条件或衣食、帮助毁灭证据或伪证等行为（这种行为大多是紧急之中出于爱亲属之心不假思索而为，

---

[1] 两方面规定全无的国家有前苏联、前蒙古、前阿尔巴尼亚、朝鲜、中国等。

[2] 刁荣华：“论期待之可能性”，载《中华法学论集》，汉林出版社 1976 年版，第 306～308 页。

只是间接有害于国家[1]）而受刑罚，则难免给人株连亲属之印象。这也许是三大法系的许多国家刻意避免的。从刑事诉讼法角度看，容隐制更有技术层次上的出发点或考虑，即一方面，我们能期待多少人能为亲属有罪作证（而且不作伪证），亲属作为证人资格是否具备（既然为亲属作辩护证人的资格常被怀疑，则对亲属作控方证人的资格也可以被怀疑）。如英美法一般认为配偶不具备证人资格。[2]另一方面，既然多数人不会自愿为亲属有罪作证，此时若不禁止法官强迫亲属作证，则难免给司法官专横和逼证造成合法理由，或给法官审讯株连提供方便。三大法系也许正是基于上述理由不约而同地建构起了自己的容隐制度的两大部分规范结构。这一方面的详细研究也只能有待来日专文为之。无论如何，同样的制度规范，其设计初衷或出发点总有一部分是共同的。不然不可能如此不谋而合。三大法系的共性可以作如是观。

（二）三大法系的差异

三大法系容隐制的差异主要体现在以下两个方面：一是容隐亲属范畴大小之差异；二是容隐行为范围大小之差异。

1. 关于容隐亲属范围的差异。三大法系中，大陆法系的容隐亲属范围最大，社会主义法系次之，英美法系最小。在大陆法系，法国的容隐亲属范围最大，曾为四亲等以内的血亲和姻亲。1994年《法国刑法典》虽有所缩小，但仍包括直系血亲姻亲（祖父母、外祖父母、父母和继养父母等）及兄弟姐妹、兄弟姐妹的配偶、自己的配偶及姘居人等。[3]1976年《德国刑法典》为直系血亲及姻

---

〔1〕《德国刑法典》第35条：为避免自己或近亲属的生命、身体或自由所遭受的无他法可以避免而为之违法行为不罚。此即紧急避险。德国学者多认为隐匿亲属符合紧急避险定义。参见刁荣华："论期待之可能性"，载《中华法学论集》，汉林出版社1976年版。

〔2〕程味秋主编：《外国刑事诉讼法概论》，中国政法大学出版社1994年版，第89页。

〔3〕《法国刑法典》，中国人民公安大学出版社1995年版，第166～167页。

亲、配偶、未婚配偶、兄弟姐妹、兄弟姐妹之配偶、配偶之兄弟姐妹，还包括曾为姻亲者、义父母子女、监护人和被监护人。1968年《意大利刑法》还明确包括叔伯父母（含姑、姨、舅等）及堂兄弟姐妹。[1] 中国清末变法至民国末年的法律也被归入大陆法系，其容隐亲属范围更广达五亲等以内的血亲姻亲（见前文）。在社会主义法系，前《东德刑事诉讼法》容隐亲属范围仅为配偶、兄弟姐妹、直系血亲及眷亲；前《罗马尼亚刑法》规定的容隐范围为直系血亲、兄弟姐妹、配偶、养父母子女，前《保加利亚刑法》为直系尊卑亲属、兄弟姐妹以及他们的配偶。[2] 这里没有叔伯姑姨、堂兄弟姐妹及配偶的兄弟姐妹、未婚夫妻、姘居人，曾为姻亲者等，显然小于大陆法系的容隐亲属范围。英美法系的容隐亲属范围最小，仅指配偶（极少情况下包括其他亲属）。例如，在英美法中，任何人包庇藏匿罪犯均应罚，仅夫妻互匿除外。[3] 属于英美法系的印度、巴基斯坦刑法，也仅仅容许夫妻互匿。其他一切亲属互相包庇隐匿均应罚。[4] 只有在极个别情形下涉及其他亲属（关系亲密者、家属、房东），但不确定（详后）。在英美刑事诉讼法中，仅配偶有拒绝作证的权利，其他人均没有。有时，在特定的父母之间的诉讼中，“法庭得以裁量拒绝听取子女的证言”，原因是父母互讼“所牵涉的事实或有害于父母之品格，或其厌恶性质不宜青年子女

---

〔1〕《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社 1980 年版，第 671 页；《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社 1980 年版，第 1552 页。

〔2〕《德意志民主共和国刑事诉讼法》，法律出版社 1956 年版，第 14 页；《罗马尼亚社会主义共和国刑法典》，第 50 页；《保加利亚人民共和国刑法典》，法律出版社 1963 年版，第 51 页、第 60～61 页。

〔3〕Kenny, Criminal Law (1936), p.102; Chark and Marshall, Law of Crimes (1940), p.221. 转引自陈朴生：《刑法各论》，台北书局 1954 年版，第 83 页。

〔4〕《印度刑法典》，法律出版社 1957 年版，第 41 页、第 67 页。Pakistan Penal Code (1860), The Ministry of Law and Parliamentary of Pakistan, 1980, pp.59～61.

在公开审讯中闻知"。[1] 这种拒绝子女作证也有为尊亲属隐讳之意，可见此时子女有拒绝作证权。但这是个别自由裁量情形，也非固定规则。

2. 关于容隐行为范围（或权利范围）的差异。与前者一样，三大法系中，大陆法系的容隐行为范围最广，亦即权利范围最大；社会主义法系次之；英美法系最小。在大陆法系中，法国刑法所宽容的隐匿行为，包括知亲属犯重罪不制止或不告发、提供住所衣食、提供逃避侦查手段、明知有他人（非亲属）无罪的证据但为庇护自己的亲属而不提出等四种行为，再加上《法国民法典》第 727 条规定的知近亲属杀害被继承人而不告发亦不丧失继承权及刑事诉讼法规定的拒绝作证权情形等二者，则总共有六种情形下人们有为亲属容隐之权利。[2] 德国、意大利、奥地利、瑞士、挪威、芬兰、希腊等国刑法中还有分别有为亲属伪证、帮助脱逃、阻碍刑罚执行、阻碍保安处罚执行，毁灭隐匿或变造证据、虚假鉴定或翻译等意图避免亲属刑责的行为不罚的规定。[3] 中国的刑法亦然。若把大陆法系视作一个整体的话，容隐所涉及的行为类型达十余种之多(仅从法国一国看也多达六种)。

社会主义法系国家容隐所许可的行为范围比这要小。如前《捷克斯洛伐克刑法》仅规定了不检举不阻止亲属犯罪、窝藏犯罪亲属

---

〔1〕 V.A.Griffith 著，姚淇清译：《英美刑法总论》，台北正中书局 1880 年版，第 231 页

〔2〕《法国刑法典》，中国人民公安大学出版社 1995 年版，第 166~169 页；《拿破仑法典》（《法国民法典》），商务印书馆 1981 年版，第 96 页；《法国刑事诉讼法典》，第 335 页。

〔3〕《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社 1980 年版，第 770 页、第 990~991 页，第 1122~1123 页；《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社 1980 年版，第 1552 页、第 1575 页、第 1583 页、第 1697 页。Noerwegin Penal Code, Fred B Rothman & Co. New York University, 1961, p.62~63, p.74, p.76. The Penal Code of Finland, Fred B Rothman & Co New York University 1987, p.5, p.6, pp.60~61.

两者。前《保加利亚刑法》在此两者之外增加了一个帮助逃避刑罚，前《罗马尼亚刑法》再增一个隐匿赃物。一般不过四种行为被宽谅。加上诉讼法中的拒绝作证，一共也是五种。前《波兰刑法》最广，包括为近亲属作伪证、藏匿他人无罪证据、窝藏犯罪人、毁灭证据、知犯罪不举、代替受刑等六种，但仍不包括阻碍刑罚和保安处分执行、虚假鉴定或翻译、提供衣食、变造证据等行为。不过前波兰仅是特例，其他国家一般仅容许二三种隐匿行为。若将社会主义上述各国法作为一个整体来看，其宽容的亲属隐匿行为范围是明显小于大陆法系国家的，最多不过七八种。[1] 若再考虑到前东欧社会主义国家刑法（除前波兰外）都禁止隐匿国事罪、破坏公共财产罪、怠工等罪而大陆法系国家并无此限制，则社会主义法系的容隐行为或权利范围明显小于大陆法系更是不用怀疑的。英美法系的容隐行为或权利范围更小，基本上只有两种情形：一是夫妻间互相藏匿罪犯人身之行为不罚，不包括其他帮助脱逃、伪证、隐匿赃物、阻碍刑罚或保安处分执行、毁灭或变造证据、虚假鉴定或翻译、提供逃避侦查手段等行为。但又规定出于亲密关系而隐瞒他人犯罪事实（未得报酬时）不罚，主犯的家属或房东以正常方式为主犯提供食宿或劝阻官府控诉等庇护行为也不罚。[2] 这涉及到知犯不举、提供食宿两种行为，但并非全部受到明确限制。二是仅夫妻有拒绝互证有罪之权，但又明确限制：在夫妻间伤害、谋杀及夫或

---

〔1〕《捷克斯洛伐克共和国刑法典》，法律出版社1956年版，第71页、第73页；《保加利亚人民共和国刑法典》，法律出版社1963年版，第29~30页、第51页、第60~61页；《罗马尼亚社会主义共和国刑法典》，第56页、第70~74页、第82页。The Penal Code of the Polish Peoploe's Republic pp.102~103.

〔2〕陈朴生：《刑法各论》，台北书局1954年版，第83页；［英］鲁伯特·克罗斯等著，赵秉志等译：《英国刑法导论》，中国人民大学出版社1991年版，第288~290页。

妻残害、猥亵、奸淫子女等案件中，可以强迫配偶为对方有罪作证。[1]这一规定是大陆法系和社会主义系中所未见的。这显然是对拒绝作证权的一方面限制。

结语

本文的讨论也许印证了西方学者所总结的一条文化法则：“最有民族特色的，通常也最具有世界性！”

通过以上的分析，我们可以看到：亲亲相为隐制度或现象，不是某一国家或民族文化传统中的特有现象，也不是某一历史阶段的特有现象，也不跟特定的社会制度共存亡。这的确可以纠正我们法史学界乃至整个法学界对此问题的一个长期误解。但是，纠正这种误解并不是最重要的。最重要的是，我们要从这一制度在不同的历史阶段、不同的民族文化传统、不同的社会制度、不同的法系中的共性及差异的分析研究入手，去总结和认识这一文化现象在人类文明史中的地位、价值和深层意义。本文所作的仅是这一工程的预备。围绕着这一课题，我们下一步应思考研究许多问题；只有完成对这些问题的切实探究才能把这一文化现象的研究引向深入。这些问题，我以为主要是：

1．容隐制起源的历史原因。容隐制产生的最早原因主要是什么？是国家的产生和家国矛盾的出现吗？是法律的出现及法律与原始社会的习惯或血缘主义道德的矛盾吗？抑或还有别的原因？这是亟待探究的。

2．容隐制的根本宗旨或目的是什么？在前文的分析里，我提到了容隐制“宽谅、照顾、维护基本的人类亲情的动机或立法理由、意图”。这同时也可视为容隐制的根本目的吗？我想只能视为其根本宗旨或目的的一个方面。或许还有其他的目的。

---

[1]［英］特纳著，王国庆等译：《肯尼刑法原理》，华夏出版社1989年版，第571～573页。

3. 容隐制长期存在的根本原因是什么？即是说，为什么现代社会还会存在此种似乎落后的强调血缘道德的制度？是因为国家和家庭（亲属团体或亲属圈）的矛盾仍然存在？是因为法律与道德的矛盾仍然存在？是因为约束“利维坦”（国家）的需要和愿望仍然存在？抑或是故意或不得已向旧的血缘主义道德和习惯让步妥协？

4. 容隐制的社会意义和价值。广义上讲，亲属团体或亲属圈也是一种社会组织。这种社会组织应否视为一个自治团体？这个自治团体的权利应否得到一定尊重？打破这个自治体的“境”或“疆界”（如“亲不亲，阶级分”、“舍小家，为大家”）也许有眼下便利，但我们能肯定一定有长久之利吗？若说有长久之利，那么长久之利到底是什么？若说有长久之害，那么长久之害又到底是什么？这都是涉及容隐制的社会意义和价值的根本问题，亟待研究。

由于学问功底的限制，本文无法回答这些问题。但是，我相信这些问题一定能引起方家的注意。因为这不是一般的问题，而是关系到人类文明根本的、共同的选择和规律、法则的大问题。相信一定能得到方家的指教和同志者间的切磋、琢磨。

第六章　容隐制的本质与利弊：中外共同选择的意义

亲属容隐制度，不管你喜欢与否，已经在中外存在了数千年。古今中外的法律不约而同地做出这样一个共同的立法选择，当然不仅是巧合，肯定具有非常深刻的原因。任何时代的立法者做出一个立法选择，肯定首先基于利害判断。允许什么，禁止什么，都是因为立法者认为对国家有利。容隐制就是这样一个利害判断的结果。

允许人民藏匿、掩盖对国家治安秩序有害的罪犯或犯罪行为，从表面上看，显然是不利于国家的。但是，古今中外的法律大多采取了这样一个“不利国家”的选择，肯定不是因为糊涂，而是为了追求国家更大的、更重要的、更根本的利益。这种更根本、更重要的利益到底是什么呢？我们有必要全面探究。同时，为了认识这一根本利益，我们必须先彻底认识容隐制的性质或本质，即容隐制到底是一种什么性质的制度。本章旨在承前章之绪，从这两个问题出发，探讨中外法律传统做出这样共同选择的意义。

一、容隐制的本质

容隐制的本质问题，也就是从其质的规定性上看它到底是一种什么制度的问题。

（一）自治权与容隐制的本质

容隐制实际上是一种授权。法律把一种被大众视为“好处”的东西授予每个人，或规定每个人有资格得到或放弃这种好处，这就可以叫做授权。容隐制，从古今中外的历史共性看，它主要就是授权。不过在授权的同时，有时为了强化伦常而将其中一部分同时确

定为义务。

容隐制授予人们的是一种什么权利呢？这可以从两个层次来看。第一个层次，它授予人们一种个人权利，即袒护自己亲属的利益的权利。依照容隐制，每个人可以包庇、隐匿自己的亲属的犯罪而不受法律制裁，这实际上是授予人们一种即使在亲属做了坏事的情况下还袒护亲属的权利。授予这种袒护权，并不表明对被袒护的那个犯罪的法律评价发生了任何改变，不表明对那个犯罪的处罚应该有减免，仅仅表明对人们的袒护行为的正当性的肯定而已。这种肯定绝对不等于对被袒护的犯罪的肯定，这是两回事。容隐制授予人们的这种权利，实为一种个人自治权。这种个人自治权，有些像民法上讲的契约当事人个人意思自治。就是说，对犯罪亲属的罪行进行检举揭发、拒绝藏匿、为其有罪作证等“大义灭亲”行为，人们如果感到为难，情感上有所不忍，法律就不强迫你去做。法律通过容隐制的种种规定，给了你一个自由选择的空间。在大义灭亲与袒护亲属之间，你可以自行选择你自己认为适当的行为，以满足你自己的感情和利益。只有在法理上把人看成一定程度的独立自主的主体时，立法才有可能授予他一定程度的选择权。我们只要不是从教条出发，我们就不能不承认，在中国和西方古代（即使是“奴隶制”）的法制中，都有这样的独立性主体的认定及选择权的授予。这实际上是把个人在一定的程度上或特定的场合当成与国家平等的主体。国家不把自己的意志和利益选择完全强加给个人。

第二个层次，它授予家庭或亲属圈一种自治权。容隐制通过对容隐亲属范围的规定，实际上把一定的亲属圈视为一个自治团体，视为与国家有一定程度的平等资格的主体。广义上讲，亲属团体或亲属圈也是一种社会组织。这个社会组织，或多或少像一个以“亲情规则”为宪法的“自治体”。在家庭消灭以前，国家大概不能不与这个“自治体”长期共存，不能不正视它的存在和需要，不能不正视它的是非评判，完全无视或否认它也许是不可能的。因此，容

隐制可以诠释为国家承认这个“自治体”极其有限的变相的“主权”，由它来自治地决定是否向国家“引渡”它的“公民”（罪嫌）。古罗马査士丁尼大帝规定允许家长不向受害人交出（作为加害人的）子女以供其缚至法庭接受国家审判，[1]就典型地体现了这种自治权的授予。孔子的“父子相隐”主张，实际上也是要求国家赋予家庭或亲属圈这种自治权或自由选择权。历史上已经出现的种种容隐制规定，都表明国家在一定程度上尊重亲属圈的选择，不将国家的意志和利益选择完全强加给家庭。国家授予家庭或亲属圈这种自治授权，也许有两个方面的原因。一方面是出于保护人类最早最基本最重要的团体内部稳定、安宁和基本利益的必要，国家也好，政治也好，总不能危害这个最基本的生活圈和生活秩序，总得让它在国家出现之前业已存在的权益和规则得以保持。它在国家出现之前业已存在的权益和规则是什么？最根本的，就是亲属之间的荣辱利害连带性及与此相关的种种权利和义务。如果一进入国家状态就取消这些权益，把任何个人仅仅规定为法律上完全独立的、互不相关的个体，彻底瓦解血缘、姻缘的法律意义，这既不可能，又非常有害。另一方面是要限制国家的权力过分膨胀，确定家和国之间的分际或划定国家权力的最后疆界（最大范围）。国家毕竟是比家庭或血缘亲属团体晚出现的一种社会组织，这种“利维坦”式的东西起初并非面目狰狞，人们也许没有什么恐惧感或异己感。但当国家发展到权力急剧扩张、威力令人恐怖之时，不同民族的先哲们也许都不约而同地想到（或者潜意识不由自主地进到）应给这巨怪套上笼绊、“紧箍咒”，以使其不致肆其淫威危害人民？划定国家权力的疆界，给国家以约法，确定家和国之间的分际，令国家不得逾越，以维护在有国状态下人类群体的传统安宁和利益，也许容隐制的最

[1] [古罗马]査士丁尼著，张企泰译：《法学总论》，商务印书馆1989年版，第193页。

初倡立者和促成者（包括大众）潜意识中就是以此为目的。如果这种诠释成立的话，那么，保留这种社会“自治体”的权力也许是合乎社会权力日渐扩大、国家权力日渐缩小之历史趋势的。于是，我们所要做的就不是强迫它“引渡”或取消它的拒绝引渡权，而是要尊重这个拒绝引渡权，并争取在这个“自治体”的境外（好在这个“境”不是有形的地域而是亲属关系）调动一切力量去侦查、缉捕、惩治罪犯以维护由许许多多这样的“自治体”组成的更大社会组织的安宁。

给国家权力与家庭自治权划定明确的界限，除了限制国家权力的过分扩张外，也是为了维护家庭这种“社会”组织一定的尊严。这种尊严是维系家庭安宁、维系社会风俗所不可缺少的。容隐制允许家庭或亲属圈不向国家引渡罪犯。它的“不引渡”决定并不一定导致罪犯不受国家惩罚（因为有别的许多途径国家可以发现罪犯），因而无大害于国，但其此类自治权行使本身却使人们明显感到以亲情为“宪法”的家自治团体的存在、好处并热爱它。这种感觉是良好风俗的起点。孟德斯鸠云：“在共和国里，父权对于保存风俗有很大的作用。”[1] 我们不妨把此处“父权”理解为“家自治权”。“父权”或“家自治权”并不必然表现为父家长独裁和子女受压迫。同样，容隐制也不必定只能包含“庇护犯罪、阻碍司法”的含义和效果。我们以前所不喜欢的容隐制，实际上是我们武断地把一切与它无直接因果关系甚至连间接因果关系也没有的不良后果统统算到其账上（因而掩盖或忽略了它的真正面目、含义和价值）的“容隐制”，[2] 并不一定是容隐制的本来面目。以自治为本质的容隐制，

---

〔1〕［法］孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》上册，商务印书馆1982年版，第49～50页。

〔2〕正如我们从前痛恨的家族制度常常是我们武断地把五千年家长制之弊端统统假定为同一时期发生在同一家庭之内的那种家庭制度一样。参见苏力：“从契约理论到社会契约论”，载《中国社会科学》1996年第3期。

正待我们去重新全面认识。

（二）家庭“法人化”的倾向与容隐制的本质

把家庭或亲属团体作为一个有权利义务责任连带关系的整体对待，这也许是容隐制的本质的又一个方面。这种整体或团体假定，我们或许可以称之为“法人化”。

在古罗马，家长是一家之主，家长权即是家权的全部。家子（包括妻、子、媳、孙子女等）、奴隶人格上从属于家长，无独立人格。家子甚至贵为元老院成员、将军时，只要未依法解除家长权，仍一般不能作为法律关系主体，仍无独立人格。[1] 除少数特殊情况外，子女、奴隶不得起诉父亲主人，因为法律上假定他们人格是一体的，“自己不能起诉自己”。不但家长对家属私犯（人身伤害）家属不得起诉，[2] 连亲属间盗窃也不发生诉权，[3] 因为家的财产被视为一个整体，权利由家父（长）统一行使，家子不能拥有财产（特有产名义上归家子，但仍由家长支配）。[4] 既然如此，家庭成员之间的财产转移不过犹如从左边衣兜掏到右边衣兜，国家不必干预。还有，在诉讼中亲属作为代理人有独立上诉权。[5] 家父在家子和奴隶受外人侵害时，对外代表整个家庭利益，代其子女享有对侵害人的诉权。此时，他是用自己的名义起诉（好像自己受害一样），而不是用子女的名义起诉。[6] 家长还要为“在父权下的子

---

〔1〕［古罗马］查士丁尼著，张企泰译：《法学总论》，商务印书馆1989年版，第27页。

〔2〕周枏：《罗马法原论》上册，商务印书馆1994年版，第145页。

〔3〕［古罗马］查士丁尼著，张企泰译：《法学总论》，商务印书馆1989年版，第193页、第201页、第204页。

〔4〕［英］梅因著、沈景一译：《古代法》，商务印书馆1984年版，第81页。

〔5〕《民法大全选择·司法管辖权审判诉讼》，第85页。

〔6〕［古罗马］查士丁尼著，张企泰译：《法学总论》，商务印书馆1989年版，第193页、第201页、第204页。

女”侵害他人的行为负赔偿责任。[1]这种情形，有的法学家主张用“家父与家子间存在着一种人格统一”的假定来加以说明。正如英国法学家梅因所指出的那样：“一个家族在事实上是一个‘法人’，而他（家长）就是它的代表，或者我们甚至几乎可以称他为它的‘公务员’。他享有权利承担义务，但这些权利和义务在同胞的期待和法律的眼光中，既作为他自己的权利和义务，也作为（这个）集体组织的权利和义务……事实上这些权利和义务是家族的权利义务。”[2]这种情形或假定在近现代西方法中仍是如此。这主要表现在以下方面：一是财产一体化的潜在假定。如英国、美国、法国、德国、意大利等国刑法均有亲属间（至少是夫妻间）盗窃财物不发生诉权或免于处罚的规定。[3]二是权利连带及亲属间替代行使。如今日许多国家刑事诉讼法规定被告人的法定代理人或近亲属可以独立地提出上诉或申请再审。[4]其他如替代行使或直接享有索赔权、受偿权等，[5]均表明权利连带。三是某种程度上利害与共、荣辱与共。正如孟德斯鸠所云：“在我们的国家，父亲因儿女被判罪和儿女因父亲被判罪，所感到的羞耻，就是严厉的刑罚。”[6]因为这种利益荣辱连带性，包庇隐匿犯罪亲属及为之作伪

---

〔1〕［古罗马］查士丁尼著，张企泰译：《法学总论》，商务印书馆1989年版，第193页、第201页、第204页。

〔2〕［英］梅因著，沈景一译：《古代法》，商务印书馆1983年版，第83页、第105～106页。

〔3〕［英］特纳著，王国庆等译：《肯尼刑法原理》，华夏出版社1989年版，第311页；《法国刑法典》（1994年），中国人民公安大学出版社1995年版，第105页；《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社1980年版，第815页；《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1651页、第2002页。

〔4〕《德国刑事诉讼法典》（1994年），中国政法大学出版社1995年版，第116页、第133页；《意大利刑事诉讼法典》，中国政法大学出版社1995年版，第224页。

〔5〕《法国刑事诉讼法》（第626条），法律出版社1987年版，第186页。

〔6〕［法］孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》上册，商务印书馆1982年版，第95页。

证、销赃匿赃、帮助逃避刑诉等等便是人之常情所欲，众人皆然，法律不得不加以曲护妥协，故有容隐法。

中国古代法为“家族本位”法。故这种亲属间权利、义务、责任连带或一体化的倾向更强烈。家之财产一体由家长拥有支配，妻妾、子孙无私财是一般情况，故亲属相盗也减免处罚。一人有功封父祖荫妻子，一人有罪株连三族，都是把家作为一个法律责任主体看待。家长不仅有个人责任，甚至还对家庭成员犯法负责，如《唐律》规定脱漏户口只罪家长，《晋律》规定“举家逃亡家长处斩”，明清律规定服舍违式罪坐家长、居丧之家男女混杂饮酒食肉者罪坐家长，等等。[1] 这种财产一体、人格一体、权利一体的潜在意识每个人都有，故每每感觉荣辱与共，所以在亲属犯罪时要设法藏匿，在官方捕捉时要“漏泄其事及擿语消息”使亲属逃脱。法律对这种人之常情不能不宽容。最有意思的是“代刑制度”。如汉文帝时少女缇萦请求代父受刖刑，说明其时法律有许可代刑之制度。又，东汉明帝时曾令罪当徙边之人“父母同产欲相代者恣听之”；东汉章帝时陈忠建议“母子兄弟相代死，听赦所代者”，事皆施行。[2] 这是典型的把家视为一个刑事责任主体的制度。未犯罪竟然可代替犯罪亲属受死、流或刖刑，到底是在惩罚犯罪分子个人还是在惩罚犯罪的家庭？到底是谁犯了罪？古人的意识里是没有个人主义刑责概念的。虽然讲“罚弗及嗣”、“父子兄弟罪不相及”，但那是对国家讲的，要当局者仁慈，勿株连太广。但对家庭内的个人而言，就不能在犯罪发生后争辩是哪个成员的个人责任，最好是全

[1] 《唐律疏议·户婚上》；《晋书·刑法志》；《大明律·礼律·仪制》及《大清律》同门。

[2] 《汉书·刑法志》；《后代书·明帝纪》；《晋书·刑法志》。袁世凯时《中华民国暂行新刑律》补充条例及 1935 年《中华民国刑法》第 164 条、第 167 条关于对亲属“顶替自首”或顶替受刑者免罚也许正怀古人“代刑制”之意（顶替自首必包含代受刑可能性）。甚至在外国也有此制遗存、如前《波兰刑法》第 252 条规定为亲属代替受刑者不罚（The Peral Code of the Polish People's Republic, p.103）。

家人争相承担罪责、争受刑、争死。[1] 古人常谓亲子关系为“骨肉至亲”，谓夫妻关系为“同体同心”，谓兄弟关系为“同气同声”、“手足之谊”，都含有肉体、情感、苦乐荣辱连带而不可分的潜在意识。[2] 让这个“家躯体”的任何一部分（成员个人）来受刑受死，对家整体来说惩创痛苦感觉是一样的。国家报复和惩戒的刑罚目的一样达到了。也正因此故才产生了株连亲属的制度，旨在让家躯体受刑创的部位更多、感觉更痛，迫使人们不敢犯法。近代中国法制变革以后，这种家庭“法人化”或一体化假定仍潜留于刑事法律中。例如，《中华民国刑法》（1935 年）第 324 条、第 338 条规定亲属间相盗窃、相侵占等不告不理且减免刑罚；亲属间藏匿人犯、湮灭证据、伪证均减免刑罚。《中华民国刑事诉讼法》第 321 条规定对直系血亲直系姻亲尊亲属不得提起自诉，第 180 条规定亲属有拒绝作证权，第 345 条规定亲属有独立上诉权，显然仍有将亲属团体人格化、权利连带或一体化之倾向，至少认为此类规定合乎亲情之自然。

这种亲属间权利和义务责任连带或一体化的倾向，中外法律为什么不约而同地有？这也很自然，甚至无可避免。每个人最早参加且无可逃避的“社团”就是家庭或亲属团体。这个团体无须“法人登记”，无须成立仪式。每人对之最自然而然地有集体荣誉感的，正是这个团体。这种亲属间荣辱利害与共的感觉，是人类文明史以来的共同感觉。不光个人对亲属有此感觉，社会大众对亲属团体本质或含义的认识也包含此点，古今皆然。要不然古时怎么会有以氏族或家族作为受害主体和报复权主体，并以凶手所在家族为责任主

---

〔1〕［清］汪士铎：《南北朝刑法志》，记载荀将之、荀胡之兄弟杀人后争死（《齐》）；载原乡人吉盼乞代父命（《梁》）。

〔2〕汉人桑弘羊云：“一室之中，父兄之际，若身体相属，一节动而知于心。”他主张“戮及父兄”。引自：《盐铁论·周秦》。

体或受报复对象的血亲复仇制度呢？不过，随着文明的进步，这种情形（感觉）在人们心目中逐渐淡化。但再怎么淡化，今天无论东西各国人民在其亲属犯罪受罚时所连带感受到的耻辱、精神损失及物质损失，是谁也无法否认的客观事实；人们心目中的亲属荣辱连带感恐怕永远无法根除。[1] 正因为如此，迫使人们在亲属犯罪时情不自禁地采取匿护行为，迫使国家立法时不得不对此种匿护犯罪的行为加以宽容；也迫使国家不知不觉地把亲属团体看成某种程度上的自治组织（如亲属间盗窃、侵占、诈欺背信、轻人身伤害，均不发生诉权或不理不罚，其意正如中国俗语云，“清官难断家务事”，意在让家庭自治解决）。这种自治体的认识也是促使国家对一般的于国家无紧迫危害的亲属庇护行为予以宽容的原因之一。况且，这种连带权利荣辱之观念，并不是只有消极意义。除去不尊重人权、卑幼人格依附（无独立权利）、刑罚株连替代、家长对卑幼财产的并吞所有制等因素以外，国家完全可以从保护人权的角度出发对亲属间自然而然的“集团保护”（如今日“集团诉讼”之类似）倾向善加利用，以督促国家兑现个人权利，以反对司法专横和事实上的株连。现代各国的容隐制或许正是此种“利用”的尝试。

（三）保护人权、限制株连与容隐制的本质

把亲属团体视为权利义务责任连带或一体化的整体（“法人化”），必然在国家和民众两方面产生恰恰互相抵牾的要求。一方面，国家利用此种观念及事实自然创造了罪刑株连制度和荣禄荫及制度。前者是为了“累其心，使重犯法”，皆知犯法必“戮及父

[1] 直到今天，我们在宣传表彰一个英模时，必须附带讲到其贤内助、贤丈夫及贤双亲、子女等，让他们与英模一起或代表英模（在英模牺牲、受伤时）四出演说，成为新闻人物；每报道一犯罪人时必须顺便讲到其家庭如何有诱使纵容犯罪的因素或直接指出其父母兄弟配偶有责任；等等。除了客观事实如此必须推究家庭正反助因以外，难道就没有自古以来家庭“法人化”荣辱连带观念之遗留吗？

兄"，使人"必惧而为善"，[1] 即事事多考虑一下可能给亲人带来的危害，使其不敢犯法；后者是为了鼓励人们为国效劳，因为封妻荫子、光宗耀祖之类对人们的确是刺激。另一方面，民众则自然而然地利用此种观念及事实主张家庭权利或"自治空间"，庇护亲属，反对国家过分干涉和株连。《春秋》"善善及子孙，恶恶止其身"正反映了社会大众在这方面的一般要求：好事应亲属间连带受益；坏事应只罚行为者一人，不株及亲属。所以，从古到今，国家和民间的这种追求上的矛盾，中外一直未曾真正解决。所以，主张容隐或亲属间庇护权者，便与反对株连、反对司法专横不可避免地联系在一起了。中国早在《尚书》时代，有识之士即主张"罚弗及嗣"、"父子兄弟罪不相及"以反对株连，或许其时即有主张容隐之考虑。秦法之失，最主要者就是株连太广，这当与其"民人不能相为隐"的立法原则有关。汉武帝时，代表民间呼声的贤良文学抨击汉初承秦制之弊、株连太广、伤及人的基本尊严处遇时，所据的理论武器正是孔子"父子相隐"理论："今废其德教而责之以礼义，是虐民也。春秋曰：子有罪执其父，臣有罪执其君，听失之大者也。今以子诛父，以弟诛兄，亲戚相坐，什伍相连，若引根本之及华叶，伤小指之累四体也。如此则以有罪株及无罪，无罪者寡矣……自首匿相坐之法立，骨肉之恩废，而刑罚多矣。父母之于子，虽有罪犹匿之，岂不欲服罪尔？闻'子为父隐、父为子隐'，未闻父子之相坐也。闻'兄弟缓追以逸贼'，未闻兄弟之相坐也。闻'恶恶止其人'，'疾始而诛首恶'，未闻什伍之相坐也。"[2] 在这些主张的影响下，几十年后产生了汉宣帝的"亲亲得相首匿"之法。从这段话中看，显然在当时的司法实践中，不准亲属相隐，则必有亲属间"首匿相坐"（株连），二者非此即彼，这种关系谁也无法否认。后

〔1〕［汉］桓宽：《盐铁论·周秦》桑弘羊语。
〔2〕［汉］桓宽：《盐铁论·周秦》。

汉灵帝时，会稽郡太守被疑有贪污，审官严刑拷打郡仓吏戴就以取证。戴就怒斥："卿虽衔命，宜申断冤毒。奈何诬枉忠良，强相掠理，令臣谤其君、子证其父！"[1]拷打下属以证长官之罪，与拷打子孙以证父祖之罪道理一样，正是株连的表现方式之一。只要不承认容隐权利，就必然对被告的亲属僚属"强相掠理"以取证言。曹魏时"旧法，军征士亡，考（拷）竟其妻子"，高柔、卢毓等谏阻，曹操废之。[2]东晋时复有"考（拷）子证父死刑，或鞭父母问子所在"之令，大理卫展谏曰："设子孙犯事将考祖、父逃亡，逃亡是子孙，而父祖婴甚酷。伤顺破教，如此者众，相隐之道废，则君臣之义废。"元帝纳谏废止之。这又一次说明只要逼迫亲属作证，必废容隐之道，必然株连。南朝宋时侍中蔡廓建议"鞫狱不宜令子孙下辞明言父祖之罪"，朝议以为允，从之。南朝梁时"旧狱法：夫有罪，逮妻子；子有罪，逮父母"、"一人逃亡举家质作"，株连极甚。棱陵老人遮道谏武帝，遂废止此法。[3]直到清末审刑案，州县狱吏动辄"拘来一干人证"，其中常常是亲属，哀号恸天。

西方也是如此。早在希腊时代株连肆虐（如处死"暴君"则将其最近亲属五人一起处死）[4]之时，柏拉图疾呼："不要刑及子女！"[5]孟德斯鸠认为："父亲获罪便要连坐儿女妻子，这是出自专制狂暴的一条法律。"[6]为什么要株连亲属，自然也有恶其知犯不举之意。近现代西方各国刑事法不约而同地规定近亲属藏匿罪

---

〔1〕《后汉书·戴就传》。

〔2〕《三国志·魏志》"高柔传"、"卢毓传"。

〔3〕《晋书·刑法志》、《宋书·蔡廓传》、《隋书·刑法志》。

〔4〕[法]孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》上册，商务印书馆1982年版，第202～203页。

〔5〕[法]孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》上册，商务印书馆1982年版，第94页。

〔6〕[法]孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》上册，商务印书馆1982年版，第211页。

犯、提供隐所衣食、伪证灭证、帮助脱逃等可以免罚及有拒证权，等等，可能正是有鉴于中世纪教会司法专横、广泛株连之惨痛历史而创立的防株连之法。最为典型的是法国、意大利、德国等国刑法典对这类行为的规定：不是规定“可以减轻处罚”或“可以免罚”，大多是干脆规定对犯有此行的亲属“不罚”、“不适用本规定”。[1]这不是给法官酌情减免刑罚权，而是强加给法官一种不得株连的义务。这表明反株连是容隐法的根本宗旨之一。

为什么不许亲属容隐或强迫亲属作证就必然导致株连？道理很简单。亲属间相处机会远多于非亲属，故互相了解行踪远胜于非亲属。一案发生而拘系嫌疑人后，只要想搜集证据，任何一个审问官都会想到两条捷径：一是从嫌疑犯口中获得；二是从亲属处获得。这是最经济、最方便、最传统的取证途径。法律若只规定任何知道案情者均有作证义务，只规定任何人知严重罪行不举告或藏匿犯罪人即构成隐匿罪，而不将近亲属排除在外，那就无异于授权司法官逼亲属作证或动辄以知情不举、隐匿或帮助罪犯等罪嫌来惩罚亲属，至少使其有足够理由收系亲属（因为对刑事证人，在屡传不至时可以拘传，对犯罪嫌疑人可以临时拘留）。这种收系、逼证逼供（且不说刑讯）就是株连亲属的最初表现。这种做法施之于非亲属不一定使人感到是株连，但施之于亲属则必表现为株连。对非亲属之包庇、窝藏、便利脱逃、伪证等行为加以处罚，人们不觉其残酷；但一见亲属因此类行为坐罪受罚，人们马上会不假思索地感到株连之酷。为亲属有罪作证，一般人情所不愿；隐匿亲属犯行或藏匿犯罪亲属等，为一般人所情不自禁。法律若不对之宽容，却反其

[1] 《法国刑法典》，第166条至第169条；《意大利刑法典》第307条、第418条；《德国刑法典》第139条，载《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社1980年版，第770页；《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1552页、第1575页。

道而强之、责之、罚之，株连之始也。这与其他严重的株连情形只是量的差别，没有质的不同。正因为认清了这一点，才有了中外容隐传统的形成。[1]

二、容隐制的利弊

实行容隐制到底有利还是有弊？这是一个不易回答的问题，就看你站在什么立场上回答。站在国家或公共利益的立场上，你很容易认为这是一个对国家秩序有害的坏制度；站在亲属或家庭利益的立场上，你很容易认为这是一个人道的、有利于人权保护的好制度。不过，我们应该注意到，对于这样一个贯穿人类文明史的重大制度的评价是不可以如此简单化的。其利其弊有时并非一眼就能看出，或者其深远利益正隐藏在表面的弊端之中。在这两者之间，中间立场是没有的，因为在国家利益和亲属利益发生明显的矛盾时，你总会做出“两者必居其一”的选择，不可能首鼠两端，模棱两可。除非你对这两种利益都毫无兴趣，完全超凡脱俗。

下面，我们且从这两方面的立场来分析容隐制的利弊。

（一）站在国家或公共利益的角度看，这一制度的确有舍弃国家利益保全家庭利益的嫌疑

综观中外容隐制度，我们可以发现，有一个共同外表特征，即在国家利益和亲情私利有矛盾冲突时偏袒后者，屈国伸家。但我们仔细分析就可以明白，这归根结底不过是为了保全国家的更根本更长远的利益。

---

[1] 关于容隐制度也有部分正面意义（如抵抗株连亲属等），学界几乎从来无人肯定过，从来只有一片讨伐声。惟有吾师杨景凡、俞荣根先生在指出“应该对‘父子相隐’这一封建专制糟粕及其余毒加以彻底批判和摒弃”之外，也肯定了它有缓冲“株连”、“缘坐”、“族刑”，承认人们的家庭、人身和孝亲权利等“合理性进步性”的一面。在1982年前后刚走出“文化大革命”禁锢时代之际，有此持正之论，实在大胆而且难能可贵。参见杨景凡、俞荣根：《孔子的法律思想》，群众出版社1984年版，第163~165页。

国家产生后，人类原有的亲属之爱及与之相关的利益必然会在某些场合与国家利益发生冲突。可否隐匿亲属之犯罪，便是这一冲突的典型体现。如何解决这一冲突？从理论上讲，当然是两者兼顾、两全其美为好；但事实上根本不可能。最后的选择只能是：一般情况下向亲情私利让步妥协，成全它；但在叛国等事关国家存亡的极少数犯罪上决不允许容隐。中外在这种选择取舍上是不谋而合的。

在中国，自孔子主张“父子相隐”放纵有害国家秩序的攘羊贼时起，这种“舍国全家”的思想基本上占上风。孟子更进一步主张“窃父而逃”，践踏司法尊严使杀人犯不受制裁也在所不惜。战国时，石奢为楚理（司法官），廷有杀人，石奢追之，原来凶手是其父。于是他毫不犹豫地放跑了父亲。可到宫廷，又以自杀向楚君谢枉法纵贼之罪。[1] 表面上看“忠孝两全”，实际上不忠不孝：放纵罪犯为不忠，使君折失大臣亦为不忠；不爱双亲所赐之躯而轻易自裁亦为不孝。所以对士人来讲，最后的路似乎只有一条：弃忠全孝。弃孝全忠是不行的，如果谁想告发父母，捕送至亲，即便国君奖赏，也免不了舆论谴责，被视为卖亲求荣，终身有恶名。如果一定要追求“忠孝两全”，那么就不免于成为《吕氏春秋》所描述的那个市井无赖：“楚有直躬者，其父窃羊而谒之上，上执而将诛之，直躬者请代之。将诛矣，告吏曰：父窃羊而谒之，不亦信（忠）乎？父诛而代之，不亦孝乎？信且孝而诛之，国将有不诛者乎？荆王闻之，乃不诛也。”这家伙表面上“忠孝两全”，实际上是玩弄国法，钻法律与伦理的空子博取美名，且不愿付出任何代价的一个奸猾之徒，实则不忠不孝（欺君为不忠，辱父为不孝）。所以孔子愤怒地说：“异哉直躬之为信也！一父而载（再）取名焉。故直躬之

〔1〕［汉］刘向：《新序·节士》。

信，不若无信。”[1] 立法者肯定不会同意鼓励人们都当这种狡猾无赖之徒。在古时，代表国家利益的帝王及专司国法的法官也不喜欢舍孝全忠、舍亲为国的人。如南朝梁时，民人景慈证实其母犯有“诱口”之死罪，法官虞僧虬恶之，曰：“岂得避五岁之刑而忽死母之命?”遂流放之。[2] 元时，官裔斡鲁思、速怯等告父母谋反。英宗大怒，认为“讦父母于官，岂人子所为!”诏斩之。[3] 皇帝和国家官吏的这种观念是最能说明国家偏向亲情之选择的。要不然怎么也说不过去：我为你除奸除叛贼，应该奖赏才是，你怎么反过来还要杀我流放我?

西方法律传统也作了同样的选择。古罗马不许对父母提起刑事诉讼，剥夺告发父母者的继承权，不许父子互相证罪、允许父亲不将加害于人的子女交出来，[4] 都是在偏袒亲情。这些都显然不利国家对奸贼的发现和惩处。现代西方更不必说，最为典型的是《法国刑法》第434-1条和第434-6条、《德国刑法》第138条、《意大利刑法》第307条均规定，故意藏匿图谋或实施叛国，内乱外患等重罪之近亲属者，不罚。[5] 三法均责令常人告发，不告者有罪；但不责令亲属告发。显然是向亲情让步。

为什么明知允许容隐必然放纵了国家奸贼、有害国家利益，国家却仍要故意立法向亲情作如此让步妥协呢？这里原因很复杂。但有一点可以肯定，那就是这样选择归根结底有利于国家长久利益。

---

〔1〕《吕氏春秋·仲冬纪·当务》。古人讲“忠孝不可两全”大约有两种情形：一是父母犯罪时，则必舍忠全孝，隐匿不举，且必为道德赞许。二是国有外患或叛贼而受朝廷征召上疆场时，士人多舍双亲不顾而上沙场，舍孝全忠。这两者并无矛盾。

〔2〕《隋书·刑法志》。

〔3〕《新元史·刑法志》。

〔4〕参见前一篇文章中的相关介绍。

〔5〕《法国刑法典》（1914年），中国人民公安大学出版社1995年版，第166~167页。《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社1980年版，第770页；《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1552页。

国家的长远利益是什么？国家的长久利益就在于民众淳厚、社会和谐、百姓亲法，如此才能达到长治久安。要达到这一目的，法律必须立于人情，必不能悖逆众情众心，必不能强人所难。[1]

如果国家立下"奖励告奸"、"夫妻交友不能相为弃恶盖非"、"民人不能相为隐"之法，强迫老百姓都做到"不害于亲（不以亲情妨国益）"、[2]"社稷亲于戚"、"骨肉可刑、亲戚可灭、至法不可阙"，[3]也就是强迫百姓都在亲情与国家冲突时选择舍亲为国，这样会得到什么效果呢？这样的法，好的方面后果，是惩罚了包庇隐匿犯罪亲属的轻罪犯，使得人们今后不敢隐匿亲属。这有利于国家多发现几个犯罪分子。

至于坏的方面的后果，有深、浅两个层次。浅层的不良后果是，放纵了一般案件中（特别严重的犯罪除外）庇护犯罪的人，也可能使一些犯罪难以发现。深层的不良后果是比这要危险许多倍的后果：一方面，立这样苛刻的法律，多数人做不到，是必犯之法。犯者众多，要么竭力罚之，则"赭衣半道，囹圄成市"；要么罚不胜罚，干脆不罚算了，则此法变成一纸空文，被亵渎而无严肃性。另一方面，这种悖逆人情、强众人所难之法不靠严刑峻罚难以推行，它只有重刑威民才有可能实施。一般的人们，若非刑诛威胁，决不会自愿告发亲属。这种以迫令人们告发犯罪亲属为目的的重刑主义，结果必然是"父子六亲殃戮而失其宜（义），奸人并起，万民离畔（叛）"，必然是"以刑罚治之者积刑罚，刑罚积而民怨背"，必然是"驱之以法令，法令极而民风哀"。[4]秦自商鞅"不告奸者

[1]《文子·下德》："高不可及者不以为人量，行不可逮者不以为国俗。"［清］吴铤：《因时论》记载"立法一以中人为准"、"勿强天下小人而俱为君子"、"勿强不能"（《涵芬楼古今文钞》卷六）。

[2]《史记·商君列传》、《商君书·禁使》。

[3]《管子·任法》、《慎子》佚文（钱熙祚：《守山阁丛书·子部》引）。

[4]《汉书·贾谊传》引贾谊语。

腰斩"[1]之法到秦朝严刑峻法残民太甚而二世亡灭，就是最好的例证。这种情形，正如孟德斯鸠所指出的："如果在一个国家里，有什么不好的事情发生的话，一个暴戾的政府便想立即加以消弭。它不想执行旧有的法律，而是设立新的残酷的刑罚，以便马上制止弊害。但是因为政府的动力被用尽了（如中国成语"黔驴技穷"——引者注），人们对严刑峻法在思想上也习惯了……当弊端被纠正了的时候，人们所看见的只是立法者的严酷，但是在国家里却留下了一个由于这种严酷而产生的弊害："人民的精神被腐化了，习惯于专制主义了。"孟氏把此种腐化叫做"人民被法律腐化"："被法律腐化是一种无可救药的弊端，因为这个弊端就存在于矫正（弊端的）方法本身之中"，"人民的心灵处处受到震惊，并变得更残暴了，只有用更严厉的残暴才能驾驭它们。"[2]这就是"法令极而民众哀"，就是"法令滋彰盗贼多有"，"民不畏死，奈何以死惧之"，就是"以刑生刑"。秦始皇父子实践了此道，此即"速亡之道"。人们习惯于残暴，缺乏"不忍"之心，丧失廉耻感，正是国家败亡之道。要长治久安，就得反此道而行。就得在一定程度上向因亲情而"活贼匿奸"者让步。

以上说的只是用刑威去迫使人们告发犯罪亲属之危险。那么，也许有人会问，假如不用刑威而用利赏奖励告发犯罪亲属，不就没有这些危险了吗？

事实并非如此。"大义灭亲"自古以来只是一个良好的愿望。真正懂得"大义"追求"大义"（既不因畏罚而告亲灭亲，也不因爱赏爱利而告亲"灭亲"）的人万不及一。其余的人，若在国家的奖赏下"灭亲"，不过旨在求赏图利、升官发财。若使人们为图利

[1]《史记·商君列传》。

[2]［法］孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》上册，商务印书馆1982年版，第85～89页。

而告发亲属，实在比为了亲情而匿藏亲属（使国家奸贼逃避了法律制裁）更可怕。春秋时，卫人石碏杀死了参与弑君的儿子石厚，人称“大义灭亲”，但汉人应劭讥之曰：“大义灭亲，君子犹曰纯臣之道备矣，于恩未也。”[1] 若以官爵利禄财宝等奖赏“大义灭亲”，必然引来一大批易牙、竖刁式的人物：春秋时，易牙蒸子以食君，竖刁自宫以事君，齐桓公以为是真正的忠臣，准备委以身后事。管仲看得十分清楚：“竖刁自刑以求入君，其身之忍，将何有于君?”“易牙解其子以食君，其子之忍，将何有于君?”自己的身体和自己的亲生儿子都不爱，他们能真的爱国爱君吗？是故桓公一死，易牙、竖刁作乱，“桓公死六十日，(尸腐）虫出于户而不收”。[2] 同样，为区区官爵财禄而告发至亲，忍心送其进监牢上刑场的人，能真懂爱国、爱公共利益之“大义”吗？这种奖励，无异于以国之爵财养育奸贼。故东晋人卫展云：“相隐之道离，则君臣之义废；君臣之义废，则犯上之奸生矣。”[3] 这里的相隐之道，就是“亲亲”之道；君臣之义，就是个人与国家关系之义。人能忍于亲，则无所不能忍于国。至少一般人如此。故参加过东京远东国际军事法庭日本战犯审判的中国法学家桂裕老先生说：“人如能灭亲，也就无大义可言了。”[4]

总而言之，一句话，无论是国家有意立苛重的法律迫使人们舍亲为国，还是用厚赏鼓励人们“大义灭亲”，都只有眼前之利而危

---

〔1〕应劭：《风俗通·十反》。

〔2〕刘向：《说苑·权谋》。

〔3〕《晋书·刑法志》。这里我们可以联想一下中国“文化大革命”期间奖赏出来的大批“大义灭亲”的英雄。他们为升官发财出卖父兄、妻子、同学、同事。后来事实证明，对老干部往死里整、割断张志新的喉管，最后弄得国家全面动乱濒临毁灭的正是他们。三中全会后清除“三种人”，未尝不是痛定思痛亡羊补牢之一策。

〔4〕桂裕：“法律与忠恕之道”，载潘维和主编：《法学论集》，台湾“中国”文化大学1983年版，第62页。

害国家长久利益，都动摇国家根基。

（二）从个人、家庭或亲属圈的利益来看，容隐制当然利大于弊

从这一方面的利益来看，容隐制的好处很多：（1）不强人所难。要我们在亲属可能受国家刑罚制裁时，主动告发、不藏匿、不帮助、主动为其有罪作证，以保护国家或公共利益，这显然是强人所难。人之常情是不愿意这样做的。之所以不愿这样做，可能是由于爱亲属，可能是由于利害牵连，可能是由于怕亲属圈中的讥评。人们与国家政权交往的机会和程度都不如与亲属圈的交往，一旦得罪亲属圈，终生抬不起头。而因隐匿亲属获罪于国家则不然，反而会在亲属圈中成为英雄。于是，大义灭亲对众人来说，是人情之所难、所不欲。法律在这一方面豁免人们，人们当然会拥护。（2）有利于保护亲属。当国家动用法定程序逮捕罪犯、审判罪犯的时候，谁也不敢说国家不会造成任何冤假错案，谁也不敢说这些程序一定用得对。那么允许亲属包隐匿犯罪、拒绝作证，至少有可能减少一些造成难以弥补的冤假错案的机会。对每个人来讲，当他们认为亲属无辜时，容隐制就给予他们保护自己亲属的权利。给人民保护自己最亲近的人的权利，正如法律赋予人们为保护国家、集体或其他公民的合法权益而正当防卫的权利一样，这应是法律的基本考虑之一。（3）使人们更有安全感。在单个的个人以外，任何人际关系圈或组织，都是人的“安全岛”。家庭，在任何时代，应该是个人的最后安全岛。当人们在较大的组织中感到不安全时，自然会退到更小的组织中寻求安全。如果回到最后最小的安全岛上仍感到不安全，仍感到是一双双警察的眼睛在监视着他（她），那么他（她）就没有任何信任和希望了。这是绝望的人民，最容易成为肆无忌惮、铤而走险的人民。

至于弊端，就是为难了极少数真正憎恶罪恶、深明大义、认同国家和公共利益的脱俗之人，使他们在告发亲属、拒绝隐匿亲属、为其有罪作证时更难以下定决心。因为，在没有刑罚惩罚威胁的情

况下灭亲，他们在亲属圈里就更加显得不通人情、六亲不认，更加孤立，精神压力更大。如果有刑罚威胁，他们灭亲行为还可以用屈从于流俗的理由找到托词，让亲属不至于特别痛恨他（她）："我也没有办法，不然我就要坐牢。"除此之外，容隐制还会损害人们的是非观念和标准，以亲情取代是非，淡化公道和原则，以伦理是非取代事实上的是非，使人们的正义感得不到培养。这两个弊端，也许古代的哲人们早就看到了，但比起它的许多重大利益来，毕竟是次要的，所以宁可"忍小害求大利"。

三、容隐制与法治理想：共同选择的意义

在分析了中外容隐制度的本质及其利弊之后，我们紧接着讨论以下几个问题：容隐是否一定有害于现代法治？完全禁止容隐是否可能？我们应该如何看待此一问题？对这几者的回答，实即回答中外在容隐制上的共同选择到底有什么意义。

（一）容隐是不是一定有害法治

有人说容隐制有害法治，这主要是从法律适用角度上讲的。

犯罪者都应受到制裁。但是，在容隐制之下，有些犯罪因为被亲属隐匿而逃避了制裁，这是不是法律适用上不平等？既然容隐制会使一些犯罪不被揭露，是不是破坏了法治？

结论并不这么简单。我们应该看到：(1) 对隐匿罪处罚与否与被隐之罪是否受制裁并无直接关系。当讨论应否处罚一个特定隐匿罪（从罪）时，必是被匿之罪（主罪）暴露之后。罚不罚，与主罪本身是否逍遥法外已无关紧要。(2) 立法本身并没有规定一部分人可以隐亲，一部分人不能隐亲，那么实施起来决不违反法律平等，决不违反此一法治的根本含义。事实上，自古至今，容隐制可能是中外历史上最无阶级、等级之差别待遇的平等制度，地位最卑微的奴隶也一样可以隐亲，他们在这一方面的权利并没有任何减少。因此，容隐制与法治的平等要求最接近。(3) 前文曾述及容隐制对反对株连保护人的基本权利有一定作用，是以现代西方法治国家仍保

留之，说明其对法治无根本伤害。(4) 容隐制可以保护和强化人们的人道亲情，而人道亲情正是法治的基础。或许有人说，你匿自己的有罪亲属照顾了自己的亲情，但受害人何辜，受害人家属的亲情难道不该照顾？这也不难回答，容亲属隐匿不等于国家不处罚被隐之罪了。国家有发达的侦查手段，有公民举报，有严密的法网，一样可以发现犯罪，只是不强人所难地要亲属们都举告、都拒匿罢了。况且人人都有行使“匿亲权”的可能，没有不公平。因为权利本来就不以人人都实际上行使过才算公平。

(二) 完全禁止容隐是否可能

完全禁止容隐，就是要求所有的人都“大义灭亲”：知亲属犯罪必举告；亲属央求他帮助隐匿或帮助逃避，他坚决拒绝。这是否可能？我认为不可能。此即刑法学者所言“无期待之可能性”。不能期待所有的人都在公益与私益矛盾中舍私全公。为什么呢？因为亲缘情感使人不忍心让亲属因自己的狠心举告或拒匿马上落入法网、受到刑惩。[1] 还因为亲属间总有一定程度的利害荣辱与共的关系，庇护亲属总或多或少是在间接庇护自己的荣和利。这也是人们不择手段的自卫天性所致。

我们如一定要制定禁止容隐之法、一定要惩罚不告发亲属或隐匿亲属的行为，那就必须先承认下列两个前提至少存在一个：要么肯定绝大多数人在国益和家益相矛盾时，实际上能够做到舍亲为国；要么肯定当亲属的利益有紧急危险时，绝大多数人能在隐匿或帮助脱逃以外，通过其他适法行为来帮助犯了罪的亲属。

事实上这方两的前提都无法具备。多数人做不到舍亲为国，所以禁止容隐就是强众人之所难。想帮助亲属的人在此种关头也的确没有其他的适法行为可做，惟一的适法行为就只能是极不情愿的告

[1] 古人甚至认为这等于自己杀亲属或伤害亲属。如北魏人封君义云：“母杀其父，子复告母，母由告死，便是子杀母”（《魏书·窦瑗传》）。

发、拒匿、证罪等。代表国家利益的帝王和官吏，为国筹谋治术的"帝王师"孔子、孟子，尚且毫不犹豫地认为在这种亲情与国益矛盾的场合应当舍公全私，何况一般百姓！我们无法期待一般民众舍私为公。当亲属的生命、身体或自由受紧急危险时，一般人都无法作理性的思考，只会不假思索、情不自禁地去无原则地护匿亲属，不会去为其他适法行为。因此，有的学者干脆把匿亲行为视为紧急避险一类的行为。[1] 我们也许认为，法律规定包庇隐匿犯罪亲属者为犯罪，只要能阻吓住一些想隐匿亲属的人，对国家捕惩罪犯有利就行。但是，我们要看看这样能阻吓住多少人。在这一问题上，根据态度，人们可以分为五类。一般来说，真正懂国家公益大义的人（像春秋时晋国大夫叔向、卫国大夫石碏那样的人），不需要任何法律威迫也会大义灭亲。立禁止容隐法对这一部分人无意义。他们在人群中万不及一。还有的人，看重亲情，甘愿冒自己受刑罚之危险也要匿亲；他们匿亲虽然会受罚，但会受民间舆论褒奖，他们宁愿受国法之罚而取舆论之誉。更有的人，看重亲情并心存侥幸，认为只要自己隐匿亲属，亲属之罪不会被发现，那么自己的包庇隐匿之罪也多半不被发现，故自己可免于受罚。后两种人，是人群中最多的两类人。立惩罚匿亲之法对他们也无意义，有没有此法他们照匿不误。最后还剩下一种人，就是害怕国家惩罚而不敢匿亲的人。这些人要么是怕惹官司麻烦而不匿亲，对亲属未来命运听之任之。这种为了避免自己的轻惩罚而不在乎使亲属置于更重的刑罚之中[2]的人，其心态若何？况且要这类人做出不匿亲的选择还应有三个前提：一是他确信隐匿的确无用，国家必查出亲属之犯罪；二

[1] 台湾地区学者刁荣华认为匿亲行为可释为紧急避险，符合为"避免自己或近亲属的生命、身体或自由所遭受的无他法可以避免之危险所为之违法行为"（此为《德国刑法》第35条之定义）的特征（参见刁荣华："论期待可能性"，载《中华法学论集》，汉林出版社1976年版，第306－308页）。

[2] 如前引南朝梁时法官虞僧虬所云"避五岁之刑而忽死母之命"（《隋书·刑法志》）。

是他认为亲属必会供出自己的隐匿行为；三是他认为的确不值得为亲属去承担风险。三者缺一就不会选择告发和不庇护。在情势紧迫而亲属急切哀求时还能冷静地想到此三点利害权衡的人，是什么样的“冷静”、“聪明”人？天下这样的人有多少？终归是极少数。我们能专为这极少数人立法吗？当然不能。最后还有一种人，就是主动告发亲属以换来举报奖金或官方表彰（爵禄）的人。这种为了自己的官爵财利而不惜把亲属置于重刑罚之中的人，其品德若何？这种人在人群中也只能是为大家所不齿的极个别。我们的立法，当然不能仅仅以这种人为出发点。

（三）从有无应受惩罚性看我们今天对容隐制应有的态度

刑罚所要惩罚的行为就是犯罪。犯罪当有社会危害性、刑事违法性、应受刑事惩罚性等三大特征。隐匿亲属犯罪的行为，说它符合前两个特征不难：放纵了“攘羊人”不就是社会危害性吗？法律明文禁惩之不就使其具有刑事违法性吗？故对这一问题的态度，关键在于它有无应受惩罚性。若认为无应受惩罚性而不定于刑法，岂不连刑事违法性也没有了！岂不连放纵“攘羊人”之类的社会危害性也可以忽略不计了！

一种行为的应受惩罚性取决于什么？主要取决于行为人的主观恶性大小，及社会理性对此一行为的评价。隐亲行为主观上讲是一种情急之中无暇熟虑的保护亲属行为，其直接动机在于护亲，只是间接上有害于国家秩序。把一种纯粹出于自然的爱亲护亲动机的直接帮助行为定为犯罪，刑法上再无第二例。其他应受惩罚的助亲行为，必定先触犯了别的罪名才可以间接帮助亲属。这种帮助行为，因无直接加害国家与他人之故意，故其所谓“主观恶性”顶多只是一种间接故意（即放任公益或他人利益受害的心态）。这种间接故意行为一般不一定带来严重后果；亲属在先已犯的罪行，其后果与他的隐匿行为无关；而他的隐匿行为使其亲属逃避法网的可能性十不及一。况这种隐匿，一般人认为是人之常情，社会对它不会十分

痛恨，不会认为是可恶的罪行。社会道德舆论的此类评价，也决定了我们对它的“社会危害性”的评定。一般说来，民愤越大，我们会认为社会危害性越大。既无民愤，谈何社会危害性！所以，由于主观动机的自然性和社会评价的宽容性，我们可以说一般隐匿亲属犯罪之行为不具有应受惩罚性。[1] 至于情节相当严重的匿亲行为（如暴力劫囚、毁证同时毁灭公私财物或威胁公共安全、杀伤证人、泄露国家机密、伪造公文证件印章、妨害公务等），因在保护犯罪亲属的同时已触犯其他罪名，罪不可恕，这另当别论。不触犯其他任何罪名仅出于亲情（也未因此获物质报酬）的隐匿行为，难道真的罪不可恕？惩罚这种行为难道不会使人感到好像株连？若宽容之，难道就不会敦亲情厚风俗正人心？使人们的袒护亲属的情感消灭，难道就一定是国家之福？当然有人会说：我们不反对亲情，但只能保护有利国家的亲情，应禁止亲情向有害国家的方面发挥。这是好的理想。问题是，亲情是一个浑沌整体。爱其利就不能不接受其必然的副产品。若立严法惩其弊，必连带伤及亲情本身的存在和发展，会逼迫天下人要么为避己之轻害或图财利而不顾亲属，要么当“一父而载取名焉”的“鲁直躬”式的骗子。这是立法的本意吗？

（四）从国与家的应有分界看容隐制之意义

责令人们拒匿亲属或告发亲属，更进一步讲，就是模糊或毁掉了家与国的分界（边防）。一方面，责令人们在家里充当国家的检察官或警察，执行惩奸止叛的国家社会公务；另一方面，竭力使国家的政治触角每时每刻伸到每个家庭角落，去督责每个人是否时刻

〔1〕还有一点理由也应注意：犯罪人（被匿者）在犯罪后归案前的逃匿、毁证、变造证据、串供、虚伪陈述等一系列自护行为，并不构成单独罪名而施以数罪并罚。他只对他所犯的主罪负责。既然作为主者都不为此负责，那么出于亲情而为从属行为者为何要单独为此负责？主者免责了，从者的责任何所依附？刑法中还有主犯者免责而从助者单独受处罚之第二例吗？

出以公心、止奸护国（否则刑以惩之）。就是说，民众在燕居时要虑国，国家在施政时要察（督）家，如此一来，情何以堪，力何以堪![1]前苏联的肃反、中国的“文化大革命”大概正是此种尝试的失败。据说，“文化大革命”时有夫妻上床先“斗私批修”检查是否忠于国家和领袖者然后再干“革命工作”的事例。这就是打破家国界限的自然推论或自然结果。所以，国家权力的过度膨胀使用是有害的，那样会伤害人类本身的许多好的天赋。容隐之事，多发生于父子兄弟之间、夫妇之间的非常私人化的场合；很多私语私行，是国家应该主动回避的。若穷追不舍，逼人抖露隐私，逼人交出私人信件、日记或文件，逼人把至亲的丑事曝光，这会造成什么样的气氛？久而久之会造就什么样的人格和心灵？

我们应否恢复容隐制，这是另一个问题。本文的任务是探讨中外在容隐问题上数千年间惊人的不谋而合背后的规律和意义，并提示容隐制本身常被我们所忽略的一面。不同时代不同民族不同地域的法律文化，虽外观千姿百态，但它们在某些根本性的问题上常有着根本的共性：通过法定的庄严制度规范保障自己的社会不断“文化”——向“文”（文明、人道）而“化”（进化）。容隐制也许正是这种共性的典型体现之一。

[1] 汉宣帝时，京兆尹张敞因为在家里给夫人画眉被人举告“无官威”、“失仪”，武帝责问之，敞曰：“一室之内，夫妇之私，有甚于画眉者!”帝悟，释而不问（《汉书·张敞传》），此即认为国家施政不得越过“家国间的边界”。

第七章　“亲亲尊尊”与“亲属相犯”：中西刑法的暗合

对于亲属之间的侵害案件，在确定法律责任或罪刑轻重时，奉行“亲亲尊尊”原则：亲属间人身侵犯，罪重于非亲属间人身侵犯；对尊亲属的人身侵犯，罪重于对卑亲属的人身侵犯；亲属间的财产侵犯，罪轻于非亲属之间的财产侵犯；等等。简言之，“亲疏有别，尊卑有别”。这种原则，过去我们一直以为是中国传统法的最大特色，是封建宗法主义原则，是中国传统法律伦理化的典型体现，是中国法系与西洋法系的最大区别所在。因而被视为封建毒素。

这是本世纪初中国法律近代化开始以来国人的最大误解之一。大量事实表明，西方法传统中也存在此类原则的应用，甚至现代欧美法中仍有大量体现“亲疏有别、尊卑有别”的刑事规范，其“亲亲尊尊”之程度实为我们想像所不及。事实上，刑事责任上亲疏有别，尊卑有别，是中西法律的共同原则，是中西法律惊人的不谋而合之处（不过因民族文化传统之不同，双方在适用此原则时各有自己的偏异侧重）。

本文将先向读者展示西方法中贯穿此一原则的种种例证，并与中国旧法稍作对比。然后分析中西法律于此处不谋而合的原因和立法理由，并附带分析中西法律在此种根本共性之下的各自特色（差异）。最后就亲属相犯问题的中国法律近代化之教训作初步反省，就此种暗合将给予我们的有益启示作些初步推论。这里讲的西方，包括地理上的欧洲（含东欧）和北美，不仅是文化意义上的西方。

亲属间的犯罪，法律特为立制者大约可以分为五大类：一是亲属间人身侵害，二是亲属间财产侵犯，三是亲属间性自由、性权利和性伦理侵犯，四是亲属间诱迫犯堕落耻辱之罪行，五是其他各类侵犯，如遗弃、防害自由、侵犯尊严、诬告，等等。以下分别加以比较分析。

一、中西“亲属相犯”律之不谋而合

（一）关于亲属间人身侵害

亲属间的人身侵害，这里主要指对生命健康之侵害，亦即对人身存在和完整的侵害，包括杀害、伤害等。我们这里主要以杀害、伤害两种情形为例进行分析。

1．亲属间杀害、伤害罪刑重于常人。早在古希腊时代，亚里士多德就认为：“任何罪行若发生在非亲属之间，人们会看得比较轻；如果加到父母或近亲身上，就会成为伤天害理的罪恶。”古希腊人认为侵害亲属不仅伤害人伦，亦伤害了“神伦”（犹中国人言“天伦”、“天理”），因而法有特重刑罚以惩之。〔1〕

在古罗马，杀害近亲属（起初仅仅是杀害尊亲属）为“弑亲罪”，公元前52年专门制定了关于弑亲罪的“庞培法”，并设置了“弑亲审问官”，专审此种杀害亲属案件。〔2〕对于“弑亲罪”这种“最可怕的罪行，（法律规定）处以特异的刑罚。它规定凡使其双亲或儿子加速死亡的，或使其他亲属加速死亡，或其杀害在法律上称为亲杀罪的人，无论其行动是公开的或隐蔽的，是杀亲罪的教唆犯或从犯，即使不是家人，一律处以杀亲罪的刑罚。他不是受到剑、火或其他通常方式的刑罚，而是同狗、公鸡、蛇和猴各一，一起封闭在袋内。在把他禁闭在这种可怕的‘监牢’之后，即依当地地

〔1〕〔古希腊〕亚里士多德著，吴寿彭译：《政治学》，商务印书馆1983年版，第50页正文及译注转引。

〔2〕〔英〕梅因著，沈景一译：《古代法》，商务印书馆1984年版，第216页。

形，把他投入海中或河里。”[1] 这种“生时不见天日，死无葬身之地”的特重刑罚，反映了古罗马法有特重亲情伦理的价值取向。

在《圣经》中，亚当夏娃的长子该隐杀死了其弟亚伯，被视为滔天大罪；[2] 直到中世纪中后期意大利文艺复兴时期伟大诗人但丁在其《神曲》中，仍将该隐罚下第九层地狱即最深一层地狱，受地狱中最严酷的永久冰冻之刑，仍将所有叛卖、杀伤亲属者都罚到该隐所居的冰湖之中受刑。[3] 这也可以反映中世纪人们对杀伤亲属之罪行极端严重和不可饶恕之性质的一般认识。

在现代欧洲刑法中仍有此种观念之显著体现。1810 年《法国刑法典》第 302 条、第 323 条、第 324 条规定，杀害尊亲属、故杀配偶、父母故杀初生婴儿均为最严重犯罪，处惟一死刑，任何时候不能赦宥。并应受耻辱示众于斩首之前（详后）。此种规定到 1975 年的法国刑法典仍基本保留。[4] 此种规定远重于常人之间的故杀之罪刑。《意大利刑法》第 576 条规定：“对直系尊卑亲属故意杀害者均处最高刑——无期徒刑，故意杀害配偶、兄弟姐妹、养父母子女或直系姻亲，均处 24 年以上有期徒刑。”而该法第 576 条规定一般故意杀人罪仅处 20 年以上有期徒刑。关于伤害罪，该法第 582 条规定：“一般轻伤害罪告诉乃论，但对尊卑亲属、配偶、兄弟姐妹、养父母子女或直系姻亲犯之者，不在此限。”意即伤害亲属一

---

〔1〕［古罗马］查士丁尼著，张企泰译：《法学总论》，商务印书馆 1989 年版，第 241 页。

〔2〕《圣经·创世记》第四章。

〔3〕［意］但丁著，田德望译：《神曲·地狱篇》，人民文学出版社 1990 年版，第 259～262 页。

〔4〕不过取消耻辱示众之斩刑，杀婴也改处 10 年至 20 年徒刑。参见《法国刑法典》（1810 年），载《刑法资料汇编》第 7 辑，中国人民大学出版社 1955 年版，第 57 页；《法国刑法典》（1975 年），载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社 1980 年版，第 1217 页。

律为公诉案件。[1] 这几条表明意大利刑法认为亲属间杀伤罪重于非亲属间杀伤。西班牙刑法亦然，如该法第405条规定，杀害父母子女或其他任何婚生或非婚生之尊卑亲属、配偶者一律视为重谋杀罪，处以长期监牢（20年～30年）至死刑；而该法规定的一般故意杀人罪仅处短期监牢（12年～20年）。[2] 即使是社会主义刑法，如前保加利亚、前罗马尼亚的刑法也有杀伤亲属加重处刑的规定。例如，前《保加利亚刑法》第127条、第144条分别规定杀害父母子女者处15年以上剥夺自由至死刑、伤害父母子女者（重伤时）处5年～12年剥夺自由，而该法规定常人间故杀（一般情节者）仅处10年以上剥夺自由，常人间伤害成重伤时仅处3年～10年剥夺自由。又如，前《罗马尼亚刑法》第175条将“杀害配偶或近亲属”定为“应加重处罚的故意杀人”。[3]

这种情形与中国古代刑法有相类似之处，也有典型的不同。中国古律规定亲属间人身侵害之罪刑异于常人间侵害，这一点中西一致。不过中国仅规定杀、伤尊亲属及兄姊之罪重于常人间杀伤，而尊亲属杀、伤卑亲属（包括兄杀弟妹、夫杀妻妾）则罪刑轻于常人。[4] 就是说，在“亲疏有别”之原则的应用上仅仅着眼于特别保护尊亲属。但无论如何，这种规定还是建立在认为亲属间人身伤害罪责重于常人相害的基础上的，只不过在应用上因偏向一端（尊亲属）而忽视另一端（卑亲属），而有“伦常杀人”之弊端罢了。这一点，留待后面具体讨论。在这里我们仅应注意到中国古法的一

---

〔1〕《意大利刑法》（1968年），载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1627～1629页。

〔2〕《西班牙刑法》（1971年），载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1627～1629页。

〔3〕《保加利亚人民共和国刑法典》，法律出版社1956年版，第35页、第39页；《罗马尼亚社会主义共和国刑法典》，西南政法学院翻译印行（1980年），第58页。

〔4〕《唐律疏议·贼盗一》、《唐律疏议·斗讼二》。

个内在逻辑：若非认为亲属间杀伤为比常人间杀伤更严重，则连杀伤尊亲属加重处刑之条文也不会产生。因此，我在这里仅先以唐律中关于杀伤近、远亲属和非亲属罪责由重到轻的差别来说明。《唐律》规定："谋杀期亲尊长、外祖父母、夫等近亲属未遂者，斩；谋杀缌麻以上尊长（如伯叔祖父母、祖姑母等）未遂者流二千里；而谋杀常人未遂仅徒三年。"[1] 又规定："殴兄姊者徒二年半；殴缌麻兄姊（堂兄姊等）者仅杖一百；而殴常人只笞四十。"[2] 这种差别规定，显然表示亲属和非亲属有别，近亲和远亲有别。从立法意图来讲，西方的上述规定不正是与此暗合么？

2. 杀伤尊亲属之罪刑重于杀伤卑亲属。古罗马时代，起初的“弑亲罪”是名副其实的“弑亲”（以卑杀尊曰弑），仅指杀害双亲的暴行。到君士坦丁一世时，才规定杀害儿子与杀害双亲一样论罪。[3] 此后的“弑亲罪”实为“杀近亲属罪”（故查士丁尼《法学总论》之中译本直接译为“杀亲罪”）。但直到公元6世纪中叶，查士丁尼大帝在其《法学总论》中，仍宣布“尊亲属或保护人受其儿子或被释自由人的侵害”为特别严重的犯罪之一。[4] 公元542年查士丁尼皇帝新敕规定，子孙虐待尊亲属者即剥夺对尊亲属的继承权。而在剥夺尊亲属继承权的法定理由栏里，就没有“虐待”子孙这一项，只有更重的罪行。在共和时代以前，家长对家子（子孙妇媳）的侵害，家子无任何诉权。帝政时代以后家子才开始有权控告家长侵害。家长对家子的生杀权一直维持到2世纪初，此后家长仅

[1] 《唐律疏议·贼盗一》“谋杀期亲尊长”、“谋杀人”等。注意，此处刑罚仅指谋杀未遂且未成伤者而言。

[2] 《唐律疏议·斗讼二》“斗殴人”、“殴缌麻兄姊”、“殴兄姊”等条，此处刑罚也仅指斗殴未成折齿伤耳鼻以上伤者而言。

[3] 周枏：《罗马法原论》上册，商务印书馆1994年版，第139页。

[4] [古罗马] 查士丁尼著，张企泰译：《法学总论》，商务印书馆1989年版，第203页。

有一般惩戒权（重罚必须送经法院裁决，如中国古代之“送惩”制）。[1] 这种惩戒权的含义就是伤害卑亲属无罪或减轻处罚。

这种厚尊薄卑、尊卑有别的原则，在近现代欧洲各国法中还有广泛的体现。如1810年《法国刑法典》第299条及第302条规定，故杀父母（包括正式结婚及未正式结婚的父母）、养父母或其他尊亲属者，为杀尊亲属罪，处惟一死刑（与谋杀罪一样处极重之刑）。而一般故杀罪仅处无期重惩役。其第13条规定：“因杀害尊亲属而判处死刑者，应使穿单衣、赤足、头披黑纱，押赴刑场。犯人暴露（示众）于刑台时，执行员当众宣读判决书，然后斩断犯人右手，并立即执行死刑。”[2] 此种规定，特别像中国古代的“俱五刑”和“弃市”。该法第323条还规定，杀尊亲属之罪在任何时候决不宥恕。[3] 关于故意伤害尊亲属，该法第312条也明确规定，凡对父母、养父母或其他尊亲属故意伤害者，都应加重处刑：常人应处拘役或罚金之情形时，伤尊亲之人应处轻惩役；常人应处轻惩役之时，伤尊亲者应处有期重惩役；常人应处有期重惩役时，他们则应处无期重惩役。[4] 这些规定，到1975年的《法国刑法典》仍大致保留，不过刑种略有变化。直到1994年《法国刑法典》，这种“尊卑有别”的规定仍极为丰富。如第221－4条、第221－5条规定，故意杀害或毒杀“合法直系尊亲、非婚尊亲或养父母者，处惟一无

---

〔1〕周枏：《罗马法原论》下册，商务印书馆1994年版，第487～488页；《罗马法原论》上册，商务印书馆1994年版，第145页、第139页。公元前89年古罗马的“庞泊亚法”即取消家长对孙子、丈夫对妻、家长对子妇的生杀权。仅剩家长对子女的生杀权。至2世纪初取消。

〔2〕《法国刑法典》（1810年），载《刑法资料汇编》第7辑，中国人民大学出版社1955年版，第13页、第54页。

〔3〕《法国刑法典》（1810年），载《刑法资料汇编》第7辑，中国人民大学出版社1955年版，第13页、第57页、第55页。

〔4〕《法国刑法典》（1810年），载《刑法资料汇编》第7辑，中国人民大学出版社1955年版，第13页、第57页、第55页。

期徒刑（因已废死刑）。而一般故意杀人或毒杀仅处30年徒刑。”该法第222－3条、第222－8条规定故意以酷刑或野蛮暴行伤害上述尊亲属处刑20年，暴力伤害致死尊亲属者亦处刑20年。而同时常人间故意酷刑或野蛮暴行，伤害及暴力伤害致死仅处刑15年。[1] 德国也有此种尊卑有别之规定。1871年《德国刑法典》第215条为杀尊亲属专条，规定为惟一死刑，而一般杀人罪仅处无期重惩役。其第223条规定一般伤害尊亲属应处1个月以上轻惩役，而常人间一般伤害应处3年以下轻惩役。均须告诉乃论。其所谓轻惩役的法定期间最短1日，最长5年。[2] 对尊亲属而犯只有下限而无上限（即可达5年），对常人而犯只有上限而无下限（短至1日，最多3年），显见格外保护尊亲属。修正截至1976年的《德国刑法典》第223条仍规定对直系尊亲属犯轻伤害罪者处5年以下自由刑，比常人间轻伤害处3年以下自由刑仍显然加重。特别值得注意的是，1871年《德国刑法》第232条规定对于亲属犯伤害罪之告诉可以撤回，1976年《德国刑法》则于同条取消告诉可撤回之规定，且刑事追诉官署认为与公益有关即可提起公诉，不管受害之亲属是否告诉。[3] 这显然加重了亲伦的法律保护，加重了对亲属间犯罪危害社会公共秩序的定性。西班牙也是如此，如1971年《西班牙刑法》第423条规定，“致使父母、尊亲属、监护人、教师……受伤而情节不甚严重时，应处长期徒刑（6年至12年）”，而该法第422条规定常人间同样伤害仅处长期监禁（6个月至6年）

---

〔1〕《法国刑法典》（1994年），中国人民公安大学出版社1995年版，第52～54页，第56～58页。

〔2〕《德国刑法典》（1871年），载《刑法资料汇编》第7辑，中国人民大学出版社1955年版，第188页、第190～191页、第98页。

〔3〕《德国刑法典》（1976年），载《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社1980年版，第806页、第808页。

或丙级放逐并科罚金。[1]

欧陆刑法的上述规定与中国法传统的相似性是惊人的。中国古代刑律在确定刑事责任时最大原则之一就是依尊卑亲疏关系定罪，即“准五服以制罪”。如《唐律》规定：谋杀常人（未成伤者）徒三年；而谋杀期亲尊长、外祖父母、夫、夫之祖父母父母者皆斩，不问既遂未遂、已伤未伤。又规定常人斗殴未伤者笞四十；而殴祖父母父母、夫、夫之祖父母父母者，不论已伤未伤，皆斩或绞。[2]直到1935年《中华民国刑法》仍有类似规定。如该法第272条规定杀害直系血亲尊亲属处死刑或无期徒刑，而第271条规定杀常人者处死刑无期徒刑或10年以上有期徒刑。又如，第280条规定伤害直系血亲尊亲属者比常人间伤害加重刑罚1/2，第281条规定加暴行于尊亲属未成伤者处1年以下有期徒刑、拘役或罚金（而常人间此种未成伤之暴行无刑责）。[3]关于国民党刑法的这类规定，我们过去常简单地斥之为“封建主义遗毒”，未料西方法治国家至今仍充满此种“遗毒”。

（二）关于亲属间的财产侵犯

亲属间的财产侵犯，包括盗窃、抢夺、抢劫、侵占、欺诈背信等。自唐到明清，“亲属相盗”专条成为封建伦理法制化的典型体现之一。在这一问题上，中国古代法的原则是：本着“同居共财”、“亲属不分财”之伦理，规定亲属间财产侵害之罪责轻于常人间的财产侵犯，通常是减免刑罚。但这并不是中国独有的原则，西方古今也如此。

古罗马法规定，凡处于家长或主人权力下的人从家长或主人那

---

[1] 《西班牙刑法典》（1971年），载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1804页。西班牙刑法中监禁比徒刑要轻，因为不必役，仅禁闭。丙级放逐更轻，仅1～6个月迁居外地等。

[2] 《唐律疏议·贼盗一》、《唐律疏议·斗讼二》。

[3] 《最新六法全书》，三民书局1996年版，第460页。

里窃取财物者虽构成盗窃，但不发生诉权，即不得起诉（仅可收回）。[1] 根据古罗马法，家长对家属的私犯，在共和时代及以前，家属均无诉权。其所谓私犯，包括盗窃、强盗、胁迫、欺诈、对物私犯（损害他人财物）、对人私犯（人格人身伤害等）。[2] 帝政时代以后，虽然允许家属控告家长对己之虐待，但仍不许控告财产侵犯。[3]

这种原则某种程度上为近现代欧洲法所继承。如1810年《法国刑法典》第380条规定：“窃盗配偶之物或已故配偶之遗物、盗父祖之物或子孙之物，或同辈各姻亲间互盗者，只发生民事赔偿义务，无刑事责任。”[4] 修改至1975年的《法国刑法典》第380条仍保持此规定，不过仅限于亲属间隐藏财物之行为。[5] 直到1994年《法国新刑法典》，仍于其第311－12条、第313－3条、第314－4条规定对直系尊卑亲属或配偶犯盗窃、诈骗、背信或侵占之罪者，“不得引起刑事追究”。[6] 德国刑法也持此种原则。如1871年《德国刑法典》第247条规定：“对亲属、监护人犯盗窃或侵占者，告诉乃论并可撤回告诉；对直系卑亲属，配偶犯窃盗、侵占者不罚。”其第263条、第264条规定对亲属、监护人、配偶犯诈欺之罪者亦

---

〔1〕［古罗马］查士丁尼著，张企泰译：《法学总论》，商务印书馆1989年版，第193页。

〔2〕周枏：《罗马法原论》上册，商务印书馆1994年版，第145页；《罗马法原论》下册，商务印书馆1994年版，第781～783页。

〔3〕周枏：《罗马法原论》上册，商务印书馆1994年版，第145页。

〔4〕《法国刑法典》（1810年），载《刑法资料汇编》第7辑，中国人民大学出版社1955年版，第67页。为何有“同辈姻亲”相盗免刑，却无同辈血亲（如兄弟姐妹）相盗免刑？译文是否有误？

〔5〕《法国刑法典》（1976年），载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1236页。

〔6〕《法国刑法典》（1994年），中国人民公安大学出版社1995年版，第105页、第111页、第115页。

然。这类规定，在1976年《德国刑法典》第247条、第263条等条中仍加保留，不过“不罚”规定均取消，仅规定“非经告诉不得追诉”。[1]《意大利刑法》（1968年）第649条之规定意旨亦同，即意图加损害于配偶、直系尊卑血亲姻亲或养亲子、同居之兄弟姐妹而犯盗窃、侵占、毁损财物、侵入、诈欺、剥削、赃物、暴利等罪者不罚；即使对合法分居的配偶及不同居的兄弟姐妹或同居的叔伯父母或二亲等内姻亲犯上述罪，也须经被害人告诉乃论。[2]《西班牙刑法》（1971年）第564条也规定，对配偶、尊亲属、卑亲属、已故配偶、兄弟以及同居之姻亲兄弟犯偷盗、欺诈、非法占有或毁损之罪，可免除刑事责任，仅适用民法规定。[3]英美法系国家亦有此类规定，不过亲属范围仅限于夫妻之间。在普通法传统中，自配偶处窃取财物均不发生诉权（但分居后而盗者可起诉）。如美国《模范刑法典》第223-1条即有此规定。[4]《加拿大刑法典》（1971年）第289条即规定，夫妻于同居期间窃取依法属于他方之财物者不构成盗窃罪，但遗弃、分居者不在此限。[5]关于英美法夫妻相盗之传统观念与规定，《肯尼刑法原理》有丰富的论述。[6]兹不赘述。此外，在前东欧社会主义国家也有亲属相盗减免刑罚的规定。

---

〔1〕《德国刑法典》（1871年），载《刑法资料汇编》第7辑，中国人民大学出版社1955年版，第201页、第207页；《德国刑法典》（1976年），载《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社1980年版，第814页、第820页。

〔2〕《意大利刑法》（1968年），载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1651页。

〔3〕《西班牙刑法》（1971年），载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1846页。

〔4〕《美国模范刑法典》，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第2002页。

〔5〕《加拿大刑法典》，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第2278页。

〔6〕[英]特纳著，王国庆等译：《肯尼刑法原理》，华夏出版社1989年版，第311页。

如前《罗马尼亚刑法》第210条规定夫妻之间、直系亲属之间或未成年人对其监护人实施盗窃者，告诉才处理；当事人双方调解和好者免除刑事责任。又如前《保加利亚刑法》第203条也规定，对配偶、尊卑亲属、二亲等以内的血亲、监护人保佐人、同居生活者实行偷盗、侵占、欺诈、勒索、滥用信任、隐匿财物赃物等行为，不告不理。[1]

这些规定与中国传统法原则极为吻合。《唐律》规定："盗缌麻小功亲属财物者，减凡人一等；大功减二等，期亲减三等。"[2] 亲属关系越近，盗罪责任越轻。关于强盗（抢劫）和恐吓取财，《唐律》规定："对缌麻以上尊长而犯者，以凡人论（也就是加窃盗罪一等）；对卑幼而犯者，各依窃盗减等论罪之法。"[3] 这里的亲属相盗，皆仅指别居亲属之间犯盗窃、强盗之罪，不包括同居亲属之间相盗。同居亲属之间窃盗，不作窃盗论处，仅按"同居卑幼私辄用财"之律惩处，最高刑是杖一百。同居亲属间犯强盗及恐吓取财怎么处理？唐律无规定，明清律仅有"同居卑幼将引他人盗己家财物"而杀伤尊长者依杀伤尊长本律科断之规定，并无一般性的同居亲属相强盗及恐吓取财惩处之条文。[4] 可能说明同居卑幼对自家行强盗及恐吓取财，只要未伤人者，不罚。至于同居尊长对卑幼，根本不存在行窃盗、强盗、恐吓取财之可能，因为他掌管钱财。中国旧法此种原则在1935年《中华民国刑法》中仍有充分体现，如第324条关于直系血亲、配偶或同居共财亲属间盗窃者得免除其刑，五亲等以内血亲及三亲等以内姻亲犯窃盗者须告诉乃论之规定，第338条、第343条关于亲属间侵占、诈欺、背信均告诉乃

---

〔1〕《罗马尼亚社会主义共和国刑法典》，第68页；《保加利亚人民共和国刑法典》，法律出版社1963年版，第55页。

〔2〕《唐律疏议·贼盗四》。

〔3〕《唐律疏议·贼盗三》。

〔4〕《唐律疏议·户婚一》，《大明律》及《大清律》之《刑律·贼盗下》。

论，且对直系血亲、配偶、同居共财亲属而犯此类罪行者均可免刑的规定[1]等。似乎它们背后都潜存着“亲属不分财”、“亲属不言财利”之原则。这些原则，我们从前总以为是封建主义原则，没想到西方资本主义国家乃至前东欧社会主义国家刑法至今也仍暗持此原则。

（三）关于亲属间性侵犯

以性的方式侵犯亲属，严格地说，仅指强奸亲属、奸淫幼年亲属、强制猥亵亲属等行为；不包括成年亲属之间通奸、自愿互为猥亵等行为，因为那并非严格意义上的侵犯（仅违反伦理）。对亲属的性侵犯，其犯罪恶性和刑事责任均应重于对非亲属的性侵犯，这是中西刑法的又一共识。

关于亲属间的强奸、猥亵，《圣经》规定，凡与姐妹、儿媳、岳母、伯叔母行淫，或彼此互见了对方的下体，即应处死，或用火烧死，以消除罪孽。[2]这当然包括强奸和强制猥亵。1975 年《法国刑法典》第 331 条、第 333 条规定：尊亲属对卑亲属、监护人对被监护人为猥亵、奸淫、强奸者，处 10 年至 20 年有期徒刑或无期徒刑，处刑远重于非亲属间同样犯罪行为。1994 年《法国刑法典》仍于第 222－24 条、第 222－28 条、第 227－26 条、第 227－27 条分别规定尊亲属对卑亲属强奸、奸淫、猥亵者，处 20 年、10 年、5 年监禁或徒刑，也明显重于非亲属间的强奸、奸淫、猥亵之罪刑。[3]这种规定，实际上是把尊亲属对于未成年卑亲属、监护人对于被监护人的奸淫、猥亵都一律视为“准强奸”、“准强制猥亵”，而不问自愿与否。1968 年《意大利刑法》也有类似规定，成年亲

〔1〕《最新六法全书》，三民书局 1996 年版，第 462～463 页。

〔2〕《圣经·利未记》第二十一章。

〔3〕《法国刑法典》（1975 年），载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社 1980 年版，第 1218 页、第 1219 页；《法国刑法典》（1994 年），中国人民公安大学出版社 1995 年版，第 65～66 页、第 99～100 页。

属与未成年亲属乱伦者，处8年徒刑。此实即视同强奸，比常人加重其刑。该法第519条规定，尊亲属或监护人与未满16岁卑亲属或未成年人奸淫者，一律视同强奸，加重处刑。该法第542条更规定：尊亲属对卑亲属的性侵犯为公诉罪，任何人都可以告发，国家提起公诉。与此成为鲜明对照，其他所有性侵犯，包括未造成伤亡的强奸罪，均为自诉罪。[1] 即使在前东欧社会主义刑法典中，也都有“亲属强奸”加重处刑之规定。如前《保加利亚刑法》第172条规定，强奸尊卑亲属者处刑5年至15年，而同法规定一般人之间的强奸罪处3年至10年徒刑。[2] 前《阿尔巴尼亚刑法》第168条、前《捷克斯洛伐克刑法》第242条之规定略同。[3] 英美法系国家亦有类似的规定。如1971年《加拿大刑法典》第150条规定奸淫亲属罪为公诉罪，处刑14年。[4] 这说明该法也视奸淫亲属为准强奸，加重处罚（一般诱奸罪仅处刑2年）。

欧美法在此一问题上与中国法传统相当吻合，不过在对这种罪恶之定性程度上似较中国古代稍轻。中国自汉代即有“禽兽行”之罪名，严惩亲属间强奸、通奸。唐律至清律皆然，特别严惩亲属间的强奸。唐律规定，一般强奸罪，加和奸（通奸）罪一等；徒二年（女无夫者）或二年半（女有夫者）；强奸缌麻以上亲属及其妻、同母异父姐妹、妻前夫之女者流二千里，折伤者绞。强奸从祖母（姑）、从祖伯叔母（姑）、从父姊妹、从母及兄弟妻、兄弟子妻者，绞。奸父祖妾、伯叔母、姑、姊妹、子孙之妇、兄弟之女者，不论

〔1〕《意大利刑法》（1968年），载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1623页、第1610页、第1616～1617页。

〔2〕《保加利亚人民共和国刑法典》，法律出版社1963年版，第47页。

〔3〕《阿尔巴尼亚人民共和国刑法典》，法律出版社1956年版，第47页；《捷克斯洛伐克共和国刑法典》，法律出版社1956年版，第98页。

〔4〕《加拿大刑法典》（1971年），载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第2199页。

强、和，一律处绞。至于强奸更近的亲属如女、孙女、母、祖母，乃“圣人所不忍言”、“法律所不忍书”，罪刑重极，一律处斩。[1] 这种严厉惩罚，是西方很少达到的。且应加重惩处的亲属范围也远比西方为大。不过，从维护亲属间的伦理和卑幼亲属的性权利来讲，中外都作特别严厉的规定，必有立法意图上的一致性。这在后文要讨论。

（四）关于诱唆胁迫亲属犯堕落耻辱之罪

引诱、教唆或强迫亲属犯猥亵、奸淫、卖淫等有伤风化之犯罪，应比诱迫常人犯此类罪加重处罚。这是欧美法与中国古法暗合的又一主要方面。1810 年《法国刑法典》第 334 条规定：“惯常引诱或便利 21 岁以下男女为奸淫放荡堕落之行为败坏风俗者，处 6 个月至 2 年拘役；父母或监护人为引诱便利者，处 2 年至 5 年拘役并科罚金。”1994 年《法国刑法典》第 225－7 条规定：“合法直系尊亲、非婚尊亲、养父母犯淫媒谋利罪诱使其子女卖淫者，处 10 年监禁并科 1 000 万法郎罚金。”而该法规定，一般人犯淫媒谋利罪仅处 5 年监禁并处 100 万法郎罚金。[2] 1871 年《德国刑法典》第 181 条规定：“夫、父母、监护人为妻、子女、被监护人之奸淫作媒介（拉皮条）者处 5 年以下重惩役（常人为淫奸媒介仅处 1 个月以上轻惩役）。”[3] 1976 年《德国刑法典》第 180 条规定，尊亲属或监护人利用权势诱迫媒介子女与他人为猥亵者处 5 年以下自由刑或并科罚金；而同条规定一般人诱使协助猥亵（仅指诱使 16 岁以下之人与他人猥亵）者仅处 3 年以下自由刑，该法第 181a 条规

---

〔1〕《唐律疏议·名例一》和《唐律疏议·杂律上》。

〔2〕《法国刑法典》，载《刑法资料汇编》第 7 辑，中国人民大学出版社 1955 年版，第 59 页。《法国刑法典》（1994 年），中国人民公安大学出版社 1995 年版，第 82 页。

〔3〕《德国刑法典》（1871 年），载《刑法资料汇编》第 7 辑，中国人民大学出版社 1955 年版，第 177 页。

定，纵容协助媒介监督管理妻子卖淫者处6个月以上5年以下自由刑。[1]意大利1958年《防止卖春的第75号法令》第4条规定："尊亲属、夫、兄弟姊妹、养父母或监护人教唆帮助或强迫卖淫者，加倍处刑。"《意大利刑法》第541条也明确规定："尊亲属、夫、监护人等犯教唆强迫卖淫罪，除依上述规定加重处刑外，还应宣告丧夫父权、夫权及取消监护权等。"第542条规定对于性自由之侵犯及引诱未成年人猥亵案为告诉乃论，但尊亲属或监护人犯者不在此例，应予公诉。[2]《奥地利刑法》第208条规定尊亲属或监护人在子女或受监护人面前为猥亵行为对其进行精神污染者处1年以下自由刑。该法第212条还规定：尊亲属诱使子女为猥亵行为者处3年以下自由刑。其惩罚都明显重于常人间此类犯罪。[3]《西班牙刑法》（1971年）第445条规定："若亲属监护人等以从犯方式协助强奸、奸淫、诱拐妇女、破坏贞操等罪者，均按主犯之刑论罪处罚。"该法第452－7条规定："尊亲属、监护人犯破坏贞节，勒迫卖淫、诱拐妇女等罪应处各罪之最高刑，并剥夺父权监护权夫权或参加亲属会议权等。"[4]美国《模范刑法典》第251－2条规定："行为人助长妻、子女、被监护人或被扶养人卖淫者，为第三级重罪（而一般人助长卖淫仅属轻罪）。"[5]《加拿大刑法》（1971年）第166条规定："父母或监护人诱使、纵容、迫令女子堕落、通奸、卖淫者，

---

〔1〕《德国刑法典》（1976年），载《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社1980年版，第787～788页。

〔2〕《意大利刑法典》（1968年），载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1614～1617页。

〔3〕《奥地利刑法典》（1975年），载《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社1980年版，第962～963页。

〔4〕《西班牙刑法典》（1871年），载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1809页，第1814页。

〔5〕《美国模范刑法典》，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第2042页。

处14年有期徒刑（女子未满14岁时）或5年有期徒刑（女子为14岁以上时），并定为公诉罪。”而一般人犯此罪仅处5年有期徒刑。[1]

欧美法在此一问题上与中国古法也不谋而合。《元律》规定：“夫受财而纵容或勒迫妻妾为娼者，夫及奸夫淫妇各杖八十七，离之。”[2]《明律》规定：“凡纵容妻妾与人通奸者，本夫奸夫奸妇各杖九十；抑勒妻妾及乞养女与人通奸者，本夫义父各杖一百，奸夫杖八十，妇女不坐，并离异归宗。若纵容抑勒亲女及子孙之妇妾与人通奸者，罪亦如之。”《清律》雷同。[3]这些惩罚均远重于当时一般纵容诱迫协助奸淫之罪。如《元律》规定媒合容止他人奸淫者，各减奸罪三等，即常人媒合和奸者止杖四十七。明清律规定：常人媒合容止他人通奸者各减犯人罪一等，如媒介有夫者与人奸淫杖八十。[4]这些处罚均明显轻于尊亲属及夫纵容诱迫奸淫时的刑罚。直到1935年《中华民国刑法》仍贯彻了此种原则。如该法230条规定常人引诱容留良家妇女奸淫猥亵处3年以下刑；但第232条则明确规定引诱容留服从自己监督之人（如尊亲属对卑亲属、监护人对被监护人）或妻子与他人奸淫者处5年以下有期刑并得科1 000元。这些规定显然都表明，立法者认为对亲属犯此种罪行者犯罪恶性更深重，故应重惩之。在这一方面，欧美法前述规定不是与中国古法相当吻合吗？

（五）关于亲属间的其他犯罪

亲属相犯，刑法以专条规定异于常人之刑罚者，除上述四大类以外，还有许多。在欧美刑法中，还有遗弃、妨害自由、诬告侮辱

---

〔1〕《加拿大刑法典》（1971年），载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第2207页。

〔2〕《元史·刑法志》之《户婚》，《奸非》。

〔3〕《大明律》及《大清律》之《刑律·犯奸》。

〔4〕《大明律》及《大清律》之《刑律·犯奸》。

诽谤、虐待、胁迫、妨害尊严（包括告讦），等等。在中国，还有遗弃或供养有阙、告言骂詈（干名犯义）、祝诅巫蛊、诬告、居丧嫁娶作乐释服从吉、犯父祖名讳、委亲之官、违反教令、乱妻妾位、立嫡违法，等等。中国古法中亲属专条特别多，是西方法所望尘莫及的。因篇幅所限，我仅就上述各类犯罪规定中与中国相近似者择举一二。

1．关于亲属间虐待遗弃。欧美法关于虐待遗弃的规定与中国古法类似者甚为明显。古罗马时，虐待尊亲属、遗弃患精神病的卑亲属，分别构成剥夺卑、尊亲属继承权的法定理由。甚至还有一种惩罚“精神遗弃”之不作为的规定：直系尊亲属下狱时，卑亲属能保释而不为保释者，丧失继承权；卑亲属为俘虏时尊亲属有资力赎而不为者，丧失继承权。[1]这种规定，极像我国古法中处罚居父母丧或于父母被囚禁时嫁娶作乐的法条。近现代欧美法更有亲属间遗弃加重惩罚之条。如1810年《法国刑法典》第350条、第351条规定，一般人遗弃7岁以下儿童者处6个月至2年徒刑，但父母、监护人或教师为之者处2年至5年刑。1994年《法国刑法典》第223－3条、第227－1条、第227－15条规定，常人抛弃因年龄、健康状况或精神状态无自救力之人于任何场合者，遗弃15岁以下未成年人于任何场所者，分别处5年监禁和7年监禁；但尊亲属对未满15岁卑亲属为之者一律处7年监禁并科70万法郎罚金。[2]1976年《德国刑法典》第221条规定：“遗弃年幼、残废或患病而无自救力之人者处3个月至5年自由刑；亲生父母对于其子女犯此

---

〔1〕周枏：《罗马法原论》下册，商务印书馆1994年版，第487～488页。

〔2〕《法国刑法典》（1810年），载《刑法资料汇编》第7辑，中国人民大学出版社1955年版，第62页；《法国刑法典》（1994年），中国人民公安大学出版社1995年版，第72页、第95～98页。

罪者处6个月至5年自由刑。"[1] 1968年《意大利刑法》第591条亦规定："对未满14岁或因精神身体疾病无自救力之人负有保护教养义务而遗弃者处6个月至5年徒刑；如父母、子女、监护人、配偶或养父母子女犯之者加重其刑。"[2]

这些规定，与我国自唐律以来"殴詈父祖"、"供养有缺"之条意旨相同。自唐至明清，"供养（父祖）有缺"、"殴詈父祖"均列入"十恶"，为"不孝"表现之一。[3] 不过父母遗弃子女法律似无惩罚专条。中国近代法制变革后始设一般人遗弃、虐待与亲属间遗弃虐待相区别之条文，且对后者加重处罚。[4]

2．关于告发及诬告亲属。告发及诬告亲属，因为忍心使其受刑罚或狠心使其受冤刑而有悖亲情（对尊亲属，除有悖亲情外，还侵犯了尊长之尊严），故视为亲属相害案件之一类。古罗马时，家属（子）一般不得告发家长（父）；对于未经事先特许而对父亲提起控告的人，任何公民有权对他提起刑事诉讼。对尊亲属提起刑事诉讼者丧失继承权，告发卑亲属有应处死刑之罪者亦丧失继承权。[5] 中世纪时当仍有此法律，但近代以来均废除。

这种情形与中国差不多同时代产生的不得告讦父祖之法很相似。中国古法以这种行为为"干名犯义"，《云梦秦简》载秦律：

---

〔1〕《德国刑法典》(1976年)，载《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社1980年版，第805页。

〔2〕《意大利刑法》(1968年)，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1633页。

〔3〕有一点令人惊异：从唐律将"供养有阙"列入"十恶"起，历宋元明直至清律，分则各篇均无惩罚此罪定刑之条。即是说，子孙供养有缺，父祖告诉至官，怎么处刑，全凭法官随意而定。

〔4〕《中华民国刑法》(1935年）第293条至第295条、第281条和第286条。

〔5〕[古罗马]查士丁尼著，张企泰译：《法学总论》，商务印书馆1989年版，第209页；周枏：《罗马法总论》上册，商务印书馆1994年版，第145页；周枏：《罗马法总论》下册，商务印书馆1994年版，第487~488页。

“子告父母，臣妾告主，勿听”，“而行告，告者罪”。[1]汉初，告父为“不孝”，罪至弃市。[2]《唐律》规定“告祖父母父母绞”，明清律规定告祖父母父母者杖一百徒三年。直到1935年《中华民国刑事诉讼法》第32条仍规定对直系尊亲属和配偶不得提起自诉；《中华民国刑法》第170条关于诬告陷害直系尊亲属加重其刑1/2的规定；等等，仍部分保有惩处“干名犯义”之意。所以可以说至少在古代，中国与欧洲在此点上曾不谋而合。

3．关于子孙违犯教令。子孙对父祖或家长权威的藐视，中国古法称“子孙违犯教令”，法律亦加惩处。通常是由家长将子孙送至官府，官府依父祖意愿发落，一般为杖笞，也有流徒，重至处死。这种情形在欧洲古今似乎也有某种程度的体现。在古代斯巴达（拉栖代孟），每一个父亲都可以教训别人的子女。古罗马时代，起初家长对子女有生杀之权。后被收回，帝政时代以后家长对家属仅有一般惩戒权，重惩必须送法院判决。[3]《圣经》规定：“人若有顽梗悖逆的儿子，不听从父母的话，他们虽惩治他，他仍不听从，父母就要抓住他，将他带到本地的城门、本城的长老（原文如此——引者）那里……本城的众人就要用石头将他打死。”[4]直到现代，西方法仍以某种方式保护父母的教令权威，如《西班牙刑法》（1971年）第583条规定：“家中之子女对其父母缺乏应有之尊敬与服从者应处5天至15天短期监禁。[5]《加拿大刑法》第43条明文

---

〔1〕《云梦秦简·法律答问》。

〔2〕《汉书·衡山王传》。

〔3〕这相当于中国古代的“谒杀”。周枏：《罗马法原论》上册，商务印书馆1994年版，第139页、第145页；［法］孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》上册，商务印书馆1982年版，第50页。

〔4〕《圣经·申命记》第二十一章。

〔5〕《西班牙刑法》（1971年），载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1854～1855页。

规定："教师、父母或得行使父母职权之人，得视其情况对于受其管教之学生或儿童施以合理程度之强制以为纠正。"[1]

这些情形，与我国自唐至清"子孙违犯教令"之规定有某种立法意图上的暗合是不容否认的。清朝甚至有"父祖恳请将子孙发遣充军者，许之"的条例。[2] 这些规定最初的用意在于保障家长的教令权威、维持对父母的尊敬服从。而"送惩制"又适当地限制了家长权的无限滥用。应该说中西在此点上也有一定程度的暗合。

4. 关于妨害亲属之自由。《大清新刑律》第345条规定，私擅逮捕或监禁尊亲属者处一等至三等有期徒刑（3年以上，15年以下）。但第344条规定非法拘禁常人仅处刑三等至五等（5年以下，2个月以上）。这种格外保护亲属不受非法拘禁的规定在欧美法中也有，例如，《意大利刑法》第605条规定，剥夺他人身体自由者，处6个月以上8年以下徒刑。但对于尊亲属、卑亲属或配偶犯之者，处1年以上10年以下徒刑。这与中国法是立意相近的。不过中国只强调保护尊亲属，西法尊卑一体保护，这点是不同的。[3]

二、中西暗合之因由及差异之思考

在上述五个方面西方法与中国法的暗合的确是令人惊讶的。它们体现着"亲亲尊尊"原则应是一个显著的事实。[4] 在进行本课题之前，笔者虽然注意到了个别问题上的中西一致，但的确未料到中西两大法律传统在事关最体现我们通常所说的"封建宗法主义伦

---

[1] 《加拿大刑法典》（1971年），载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第2146页。

[2] 《唐律疏议·斗讼》，《大清律·刑律·诉讼》"子孙违犯教令条"及附条例（乾隆四十一年）。

[3] 《意大利刑法》（1968年），载《各国法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1637页。

[4] 不过值得说明的是：中国古代的"亲亲尊尊"原则中，"尊尊"首先是"尊君"。不过本文既只论"亲属相犯"，因而只就"尊"亲属中之"尊"者来讨论"尊尊"问题。

理纲常”的亲属相犯之法律规范上如此大面积地暗合。相信读完上文的读者肯定会有同感。如此显著的不谋而合之原因何在？我们当然不能简单地从往日的主义、斗争、所有制、经济基础的固有思维模式去分析。既然我们所称之为封建主义、资本主义、社会主义三大社会形态的法律都有此共同性，那就说明此共同性的原因应从人类文明进化的不可回避的法则或人道人性之共通性的角度去寻找。否则，这些被我们视之为封建伦常遗迹且被我们已从新中国刑事法条文中彻底清除的原则（亲疏有别、尊卑有别等）在西方古今法及中国旧法中的一致存在就是无法解释的。西方法学家常云有所谓“自然法”，中国古代思想家们也常云有“天则”、“帝之则”、“天理”，本文所列举的情形是否正是它存在的例证？

以下笔者将就西方法与中国旧法在亲属相犯方面不谋而合的原因及中西法的某些差异分别作一初步分析。

（一）关于亲属间人身侵害

亲属间人身侵害为何要加重处罚？中外刑法显然有一个共识，即亲属间人身侵害之犯罪的恶性，比一般人身侵害罪更重。用我国现今的刑法术语来说，就是情节更严重，动机更恶劣。

为什么呢？不外有三个方面的理由。

1. 亲属之爱是人类最基本、最原始、最深厚的爱，是其他一切爱的基础或发源地。中国儒家认为此种爱是“不学而能”、“不虑而知”的“良知良能”，是人的本性，是“善瑞”。[1] 古希腊人也认为一切犯罪发生于常人间时人们看得比较轻，但发生在亲属间被视为伤天害理的罪恶。[2] 对一般人相害，虽然违背人类“同类相怜”之爱的义务，但毕竟只违背了更高更远层次的义务，是外层或

〔1〕《孟子·尽心上》。

〔2〕［古希腊］亚里士多德著，吴寿彭译：《政治学》，商务印书馆1983年版，第50页。

引申义务；对亲属侵害，则违背了人类最深最低层次的义务，是内层或原始义务。稍微高等一点的动物都知父母子女间更亲更爱；人若加害亲属，则无异禽兽，则败坏堕落到骨髓里面去了。对这种更加败坏，恶性更深的人，难道不应处以更重之刑罚？中国古法有“原心论罪”原则：“志善而违于法者免，志恶而合于法者诛”，[1]前引欧美的法条表明他们似乎也注意“原心”、“原志”：“志”（动机）大恶者当然应比“志”中恶和小恶者处刑更重。一般说来，亲属之爱是最说不清原因的、无缘无故的、本能的情感，是最不具备经济性质或利害评估权衡的爱的情感。爱亲属是“天然之善”，害亲属是“天然之恶”。比起破坏“后天之善”（人定之善）的“后天之恶”来，天然之恶理当更严厉惩处。

2．亲属之间一般都有互相关爱之“恩”。忘恩负义，当然犯罪恶性更大。父母对子女有“养育之恩”，夫妻之间有“相濡以沫之恩爱”，兄弟之间有“手足之恩”。对有恩者的犯罪，当然从理论上讲比对无恩者犯罪更恶。这种恩，当然不一定全是物质形式的，也有精神形式的。恩是爱的维系因素之一（当然不是惟一的因素）。犹大叛卖恩师耶稣，成为基督教世界的千古罪人；直到但丁的《神曲》仍将其发配到地狱最底层（第九层）的冰湖中与叛卖亲属者一起受冰湖冻刑；[2]侵害对己有恩的亲属更是如此，更应重罚。知恩图报之情感是人类最善良的本性之一，忘恩负义者的犯罪恶性是远重于一般犯罪的。一般人之间的犯罪只打破了一道防阻犯罪之屏障（法律或公共秩序），侵害亲属生命健康者则打破了两道或三道屏障（加上亲属血缘或婚姻之爱的屏障、亲属间恩慈之爱的屏障等）。就是说，对亲属犯罪者下了更大的罪恶决心，作了更大的罪恶努力，付出了更大的罪恶能量，根据罪刑相适应的原则也应该获

[1] 桓宽：《盐铁论·刑论》。

[2] [意]但丁著、田德望译：《神曲》，人民文学出版社1990年版，第262页。

得更严厉的报惩。在外国刑法中，这种亲属之恩也是得到法律的相当重视的。如前《波兰刑法典》第252条规定，如果犯罪人的犯罪行为给他的近亲属带来了帮助或是为避免自己或近亲属遭受刑罚而为，法庭可以考虑减轻或免予其刑罚。[1]这等于承认即使从错误的途径、方式施恩亲属也有某种正当性，因为符合人性。非但如此，甚至非亲属间的恩义关系（情感）滥用也能得到法律的宽宥，如《阿根廷刑法》（1958年）第278条规定，近亲属包庇隐匿犯罪不罚，甚至犯罪人的亲密朋友及从前曾经从他那里得到过巨大恩惠的人包庇隐匿犯罪也可免予处罚。[2]这等于承认用不正当（非法）方式报恩也有某种正当性，因为它合乎人性。法律既如此宽容恩义关系的不合法发挥使用，则对亲属间正常的恩义情感要格外特别加以保护，自不待言。对忘却亲属之恩义者（即竟然忘恩负义达到狠心杀、伤亲属的程度的犯罪人），法律当然要规定异于常人的重罚。

3. 亲属间密切相处，更不易防范犯罪、避免受害；故法律要格外设重法保护之，以防有人利用亲属相处之便利杀伤亲属，以儆效尤。由于亲属身份之故，人们在与亲属相处时一般基本上没有戒备之心，若有一逆伦亲属要杀伤之，简直如杀伤赤子，极为容易。同时，犯罪亲属和受害亲属间的亲密相处，哪怕到了谋杀的前夜，外人也不会警觉并提醒将要受害的亲属注意，故亲属相害没有社会阻止力量（而通常人之间的侵害则可能有外人阻止、举告等），这也使得亲属受到亲属的杀伤极为容易。亲属之间多了一层信任，对信任者犯罪最容易得逞，这种犯罪性质也最严重。故在但丁的《神曲》中，犯罪分为四类，由轻到重分别是：无节制罪、暴力罪、对

---

〔1〕 The Penal Code of the Polish People's Republic (1968), Fred B. Rothman & Co. New York University, 1973, p. 103.

〔2〕 The Argentine Penal Code (1958), Fred B Rothman & Co. New York University, 1963, p. 103.

非信任者的欺诈罪、对信任者的欺诈罪。最重的就是对信任者的欺诈（背叛）罪，包括叛卖亲属、叛卖恩人、叛卖宾客朋友，等等。最深最恐怖最残酷的地狱就是为这些犯罪人准备的。既然他们如此冷酷无情（冷血者），就让他们在科奇土斯冰湖中受永久冻刑吧。[1] 为何对信任者犯罪罪恶最重？因为信任者最无戒备，最易受侵害。1994年《法国刑法典》第222－3条、第222－8条、第222－10条等多条均将尊亲属侵害卑亲属与常人侵害因年龄、疾病、残疾、怀孕、智障而明显极易攻击或罪犯明知极易攻击的人列在一起，加重其刑，正是考虑到卑亲属因信任尊亲属或因为幼弱而极易攻击这一规律。[2] 对极易攻击者而犯应加重其罪，这种观念，显然反映了人类的共同情感。欧美法和中国旧法不约而同地为侵害亲属设重于常人之刑，正是出于上述三点共识。这应该是没有多少争议的。否则无法解释亲属杀伤加重专条。

至于杀伤尊亲属为什么不约而同地加重处刑？这个问题也很好回答。除了上述三点原因之外，可能还应特别注意到以下三个原因：

1．尊亲属一般对于卑亲属有格外特殊的恩，正如中国古语所谓“恩重于山”。对这种恩义的背叛，比对一般亲属恩义的背叛罪恶要重。这是应格外（比伤害一般亲属更）加重处刑的主要理由之一。父母对于子女有生身之恩、哺育之恩、教养之恩、呵护之恩，非有比侵害一般亲属更险恶的动机目的不足以驱使一个人背逆此深重之恩。《唐律》以殴伤及谋杀祖父母父母为“恶逆”，列为“十恶”之第四恶，仅次于侵害国家和皇帝的谋反、谋大逆、谋叛。即是说，视杀、伤父祖为私人侵害中的首恶（最严重之罪）。《唐律疏

[1] ［意］但丁著，田德望译：《神曲》，人民文学出版社1990年版，据译者序概括，第22～23页。

[2] 《法国刑法典》（1994年），中国人民公安大学出版社1995年版，第56～66页。

议》解释了这样对待此罪的理由：“父母之恩，昊天罔极。嗣续妣祖，承奉不轻。枭镜其心，爱敬同尽；五服至亲，自相屠戮，穷恶尽逆，绝弃人理。”故规定无一例外地均处最高刑——斩首。[1]枭、镜（又作獍）是传说中两种（或一种）吞食父母的恶兽。人悖至重之恩而杀至亲，则如同枭獍，应待以极刑。西方法传统的前述规定（如法国的极刑：斩首、砍手、羞辱并用以惩杀尊亲属者及决不宽宥之规定）也应有同样的立法理由，只是不会把父母之恩强调到如此极端而已。[2]

2．对尊亲属的侵害包含着对教导权威的蔑视、挑战、侵犯；在古罗马和古代中国，甚至也是对一种特定管理权威的侵犯。在侵害生命健康同时还冒犯权威，当然罪责更重。在古罗马共和时代以前，家长即是法官，维持全家秩序，可以审判家庭成员，对他们有惩戒权，可以卖他们到国家为奴，甚至有权杀戮。帝政时代以后家长生杀权被取消，但惩戒权仍在，审判权仍与国家并立。[3]这种情形在中国古代更是如此。父母甚至可以直接要求国家将不孝之子处死或流放，其在家内的管教惩戒权大小可想而知（直到清末亦然）。对这种权威的侵犯，如同对皇帝的权威、官长的权威、师父的权威的侵犯一样严重，不可饶恕。比如《唐律》规定，杀本属府主、判史、县令、现受业师等为“不义”，处以重刑，远重于一般杀人。这正是因为考虑到这种罪行同时是在对抗作为人类文明秩序基础之一的管理教导权威。杀、伤尊亲属处极刑，也有同样惩治侵

---

〔1〕《唐律疏议·名例一》、《唐律疏议·斗讼二》、《唐律疏议·贼盗一》。

〔2〕近代社会以前中西家庭三世同堂是常见情形，祖父母与父母一样有养育、教育、生育（不过是间接生育而已）之恩，古罗马时，家父常即祖父，中国古代在非多子家庭中更是如此。故杀、伤祖父母被视为与杀、伤父母一样严重至极的背恩叛义。

〔3〕周枏：《罗马法原论》上册，商务印书馆1994年版，第138页；［德］特奥尔多·蒙森著，李稼年译：《罗马史》第1卷，商务印书馆1994年版，第135页。

害管教权威之意。至于《唐律》把杀伯叔父母、姑、兄姊、外祖父母、夫、夫之祖父母父母都一起列人“恶逆”，处以极刑，同样也有惩治对管教权威之侵害的考虑。这些亲属，都是尊长，都属于一个尊贵集团（或许可称之为亲属圈中的因年龄和辈份、伦理而形成的“贵族集团”），他们对卑幼虽不一定有养育、教育之恩，但伦理赋予了他们附属于父祖的管理、教训之权。最典型的是本来辈分平等的兄姊、夫，伦理也定其为尊者，有管教弟妹妻妾之权威。所以中国古法在保护尊亲属权威问题上远比西方周密、严厉。在西方古代，似乎不见把祖父母父母以外的亲属视为管理教育权威象征并重惩对其侵犯的情形。

3．侵害尊亲属在多数情况下也是侵害体力衰弱者。侵害弱者罪恶更重，法律要特别保护弱者，故要特重其刑。一般说来，当子孙的力气和智力成长到足以故意杀、伤父祖之时，也正是父母衰弱（或至少开始衰弱）之时。法律若不立严刑惩治加害衰弱的父祖者，则不足以保护弱者的权利，也不足以惩阻威吓那些道德败坏企图恃强凌弱的恶逆之人。这种规定与法律规定对家庭成员虐待遗弃之罪加重惩罚的意图是内在一致的，与法律保护婴幼未成年人及妇女的用意是一致的。当然也有少数情形下体力情况或许相反，但法律是以大多数情形为考虑标准的。关于保护弱者的这一考虑，西方法律似乎更加关注；而中国古代法似乎主要是把父祖当做特定权威和恩人来保护，当然也应有保护年老衰弱者的考虑，只是不突出。

在分析中西在亲属间杀伤问题上法条相似的原因之后，我们也应注意到，在大原则相同的前提下，中西也有一些明显差异。这些差异主要体现为两点。

1．欧美法在特别注重保护作为体力衰弱者的尊亲属的同时，也特别注重保护作为体力幼弱者的未成年卑亲属，中国传统法则只注意前者不注意后者，有失公允，轻视卑幼的权利。如《法国刑法典》（1994 年）第 221－4 条规定，杀害 15 岁以下未成年人处无期

徒刑（最高刑），而一般故意杀人仅处30年徒刑。这包括对尊亲属杀害未成年卑亲属之严惩。该法第222－3条规定，以酷刑或野蛮暴行伤害他人处刑15年；对15岁以下未成年人、尊亲属、老弱残孕痴等极易攻击之人而犯者，处刑20年；但尊亲属或其他对未成年人拥有权力的人对未成年人或病残卑亲属而犯者，所受刑罚加至30年。该法第222－8条、第222－10条、第222－12条关于尊亲属暴力伤害未成年卑幼的规定完全一致，都是加重至同罪最高刑。[1]这里规定的尊亲属杀、伤卑亲属（未成年者）之罚均比杀、伤常人要重一等。这种力图保护未成年卑亲属合法权益的规定，是中国传统法所没有的。中国传统法没有特别注意防止尊亲属对卑幼的权力或权威的滥用，甚至客观上纵容了这种权力的滥用。《唐律》规定，尊长谋杀卑幼，各依常人故杀罪减二等。这当然不是认为尊长杀卑幼比杀常人罪恶更轻，而是要格外呵护尊长的支配权力。而谋杀既遂者则不减等，“同常人故杀法”，处绞刑。在谋杀已成时视同杀常人一样重。《唐律》又规定，尊长殴卑幼折伤者，缌麻减凡人一等，小功、大功递减一等，殴死者绞。若子孙违反教令而祖父母父母殴杀者徒一年半，以刃杀者徒二年；这与常人间殴杀刃杀处绞斩刑的规定比，轻了许多。该律还规定，子孙没有违犯教令而父祖故意杀之者，各加殴杀、刃杀一等，即仅处徒二年、二年半，也远比常人殴杀、刃杀罪要轻。[2]这里我们特别注意：子孙没有违反教令而父祖殴伤、刃伤是不论罪的；子孙违反教令而父祖殴伤、刃伤更无罪；父祖过失杀子孙者各勿论。甚至殴杀弟妹及兄弟之子孙、外孙者仅徒三年，以刃及故杀者流二千里；过失杀者勿论。这都远轻于

[1] 《法国刑法典》（1994年），中国人民公安大学出版社1995年版，第53页、第57页、第59页、第60页、第61页、第62页。

[2] 《唐律疏议·贼盗一》、《唐律疏议·斗讼二》。

常人间犯罪。[1] 对非自己生育教养及管理权下的旁系卑幼尚有如此权威，对自己权力之下的卑幼之权力可想而知。这种过分强调尊长的伦理尊严、管教权威的规定，必然导致明人戴震所言“以理杀人”，“尊者以理责卑、长者以理责幼、贵者以理责贱，虽失犹谓之顺；卑者幼者贱者以理争之，虽得谓之逆。”“人死于法，犹有怜之者；死于理，其谁怜之！”[2] 中国古代法在这一问题上是太心狠了一点。中国古法之弊，多与此种“以理杀人”有关。西法则似很早即除此弊。当然，尽管欧洲法与中国法在此一问题上有差异（如上述），但在根本的问题上的内在一致仍不可掩蔽，即尊长杀、伤已成年的卑亲属之罪刑，中西都规定轻于卑亲属杀伤尊亲属之罪；因为杀尊亲属重于常人，而杀已成年卑亲属同于常人。这种刑差上的中西吻合才是根本的共性。

2. 欧美法规定的卑犯尊与尊犯卑之间的刑差比较小，中国旧法则刑差相当大。这也是中西差异之一。《唐律》规定，詈祖父母父母者绞，詈子孙者无罪；殴祖父母父母者斩，殴子孙者无罪；过失杀祖父母父母者流三千里，过失杀子孙者无罪；谋杀祖父母父母者斩，谋杀子孙者徒三年；故杀祖父母父母斩，故杀无过错子孙者徒二年。[3] 两者同样罪行之间刑差最大者是死刑和无罪之殊，最小刑差为四等。这种情形在欧美历史上是没有过的。1810 年《法国刑法典》规定杀尊亲属者处斩首之刑；而故杀卑亲属罪同常人相杀罪，仅降一等，处无期重惩役（但杀婴者亦处死刑）。1994 年《法国刑法典》规定杀尊亲属者处无期徒刑，而杀卑亲属者罪同常人处 30 年徒刑，刑差仅一等。伤害尊亲属处刑 20 年；伤害卑亲属

〔1〕《唐律疏议·斗讼二》。
〔2〕《戴氏遗书·孟子字义疏证卷上》。
〔3〕《唐律疏议·贼盗一》、《唐律疏议·斗讼二》。

罪同常人，处刑15年，刑差为一等。[1] 在欧美刑法中，还未见到有刑差两等以上的尊卑刑罚之别。

这一方面的中西之别与前一方面也密切相关，二者总括起来实为一个意思：欧美法比较注意保护卑幼在亲属圈内同于常人的权益，平等性较强；中国旧法认为在亲属圈内卑幼的权利应低于常人。当然更不必说欧美法规定亲属圈内未成年卑幼的权益应得到高于或重于常人的保障这种富有人权主义色彩的法条了。尽管有此两点差别，我们还是不能不承认：在亲疏有别（害亲属重于害非亲属）、尊卑有别（害尊亲属重于害成年卑亲属）这两个根本原则上中西是暗合的。

（二）关于亲属间财产侵犯

欧美法和中国法在亲属相盗及类似财产犯罪问题上不约而同地规定其罪轻于常人间财产侵犯，原因何在？这也是一个很有意义的思考题。

中西在这一问题上的暗合，可以从以下四个方面去追究原因：

1. 从古到今，无论中外，家庭或亲属圈都被视为某种意义上的“法人”。法律承认这个“法人”在其成员的个人财产权之外，有一种概括的“法人财产权”（这种承认不一定是法律明文承认，有时只是习惯法和判例的承认）。亲属间财产侵犯，似乎并未真正改变此种“法人总体财产权”的属性，只不过改变了占有人或使用人而已。既然如此，国家不必将亲属间财产侵犯看得跟常人间财产侵犯一样重。在《唐律》中，亲属相盗仅指别居亲属间，同居亲属间不存在相盗问题。别居亲属间相窃盗、强盗或恐吓取财，仍减凡人罪一至三等。这实际上有把“亲属共财”扩大化的用意：既然同

---

[1] 《法国刑法典》（1810年），载《刑法资料汇编》第7辑，中国人民大学出版社1955年版，第3页、第53页、第54页。《法国刑法典》（1994年），中国人民公安大学出版社1995年版，第53页、第56~57页、第60~61页。

居亲属团体被视为财产权利一体的“法人”，而这种一体化又是基于高尚的伦理，那么为什么不能推而广之以更大的亲属圈（非同居亲属）为至少在道义上观念上（不是在法律上）的财产权利一体化的“法人团体”呢？儒家的最高理想是四海共财，天下均无私财私利，那么在亲属圈（哪怕不同居）当然应最先体现这种共财理想。是以在法律上不能把亲属间的财产侵犯当作与常人相盗一样的罪行来重视和审理，因为那样无异于鼓励亲属间划清个人财产界限，锱铢必较，重利轻义，必不利于弘扬伦理道德。把这种亲属间的财产争议大事化小、小事化无方为正道，是以法律故意确定亲属相盗等为轻罪或不罚。

这种亲属圈“法人化”的立法用意，在欧美法中亦然，不过欧洲大陆法一般不太强调是否同居（只要是近亲属间盗窃侵占欺诈取财等均不罚或减免刑罚，不管是否同居共籍），而美英法系则特别强调同居（配偶只有在同居状态中相盗才免罪，若不同居则有罪）。这种情形，正如英国法学家梅因描述古代家庭（族）时所云：“一个家族在事实上是一个‘法人’，而他（家长）就是它的代表。”[1]这种情形其实近现代欧美社会亦存在，只不过程度不同而已。故德国哲学家黑格尔仍认为：“家庭作为法律上的人格……家庭的任何一个成员都没有特殊所有物，而只对共有物享有权利”，“家庭作为人格来说，在所有物中（即家庭共同财产中。——引者注）具有它的外在实在性。”[2]就是说，家庭作为法律上的人格即“法人”只有通过家庭财产所有权才能体现出来。既然任何家庭成员个人没有特殊所有物（个人财产），那么从法理上讲也就不存在真正意义上的一亲属非法取得另一亲属的所有物问题，只有家庭共有财产的某

[1]　[英]梅因著，沈景一译：《古代法》，商务印书馆1983年版，第105～106页。

[2]　[德]黑格尔著，范扬、张企泰译：《法哲学原理》，商务印书馆1961年版，第185页。

一部分的支配占有状况的不合乎亲属间道德规范的改变而已。在同居亲属间如此尚可，在不同居的亲属间为何也要减轻财产侵犯之罪刑或免罪？显然也是有把这种“共财亲属法人”从道义上扩大化之潜在用意，至少认为即使不同居的近亲属间仍为一个道德上的潜在的共财“法人（法律人格）团体”。否则无法解释。既然如此，当然没有必要与常人间财产侵犯等量齐观。这一点上中西似乎是潜在一致的。

2. 从道德伦理上讲，中西似乎都认为近亲属间（不管同居与否）有互相提供物质财利方面帮助的伦理义务（非法律义务），即中国古语所云“亲属不分财”、“钱财如粪土，仁义值千金”。既然有此种伦理义务，则亲属间即使不正当地取得对方财产也不被视为很丑恶的事情，就如有同居义务的夫妻之间即使发生强奸情形也不能以强奸论处一样。比起没有“以财相助”的伦理义务的常人之间财产侵犯来，亲属间财产侵犯当然要轻一些，当然不能一样论处。比如，1871年《德国刑法典》第247条规定：“直系尊亲属对卑亲属或配偶一方对他方犯窃盗或侵占行为者，不罚。”[1] 第248-1条更明确规定：“尊亲属因穷困而窃取卑亲属或配偶之小数额物品者，不罚。”这两条规定极为明显地体现了这种亲属间“财物相助”之伦理义务的假定：子孙对父祖、夫对妻或妻对夫，不管现在是否同居，都有财物济助之伦理义务。他们来盗取财物，有某种意义或程度上索取赡养扶养费用之性质，当然谈不上有多大犯罪恶性，不应罚之。若使尊亲属和配偶因穷困不得不偷窃，简直应视为被盗亲属有过错。被盗者既有过错，则盗者之罪当然应减轻或免究：是你自己没有尽救济义务，使人穷困窘迫至此，拿你一点东西有什么关系？

---

[1] 《德国刑法典》，载《刑法资料汇编》第7辑，中国人民大学出版社1955年版，第201～202页。

3. 在现实生活中，客观上讲，亲属间（即使不同居）财产界限的确远不如非亲属间清楚。在财产界限不清楚或至少划清近亲属间财产界限的观念不发达的情形下犯财产侵犯之罪，罪过当然要轻一些。我们通常认为西洋人即使亲属之间也精于财利算计、斤斤计较、财产权利分明，但前文列举的欧美法关于亲属相盗的规定表明，我们从前在此一方面夸大了事实。事实上即使不同居的亲属间相盗，大多是告诉乃论，或不予以刑罚，只有民事返还或赔偿之责。这说明欧美法也不把近亲属间的财物非法转移看成大不了的事情，而是看得很轻。看得轻，就说明界限不是特别明显。这种情形在中国当然更加明显，传统道德以亲属共财为美德，共财圈越大越好，哪怕十世共财（即10代以内的旁系血亲还不分财）。[1] 甚至还特别鼓励没有亲属关系的朋友间共财。这种至少应道义上共财互济的观念的确模糊了依法应有分界的不同居亲属间的财产权界限。中国古语说“清官难断家务事”，大多就是指亲属间财产纠纷而言。为什么难断？就是因为没有常人间那样明确的财产界限。既然财产本身到底应属于谁都不很清楚，那么要确定谁是否偷窃、侵占就更不容易了。因为“难断”，所以干脆不罚或减轻处罚了事。这也符合“罪疑从轻”、“罪疑从赦”的原则。

4. 家庭或亲属圈，既被视为一个“法人”或变相“法人”，则应给予其一定自治权，就如个人（自然人）应当然拥有一定的人身自由一样。中外关于亲属相盗等财产犯罪的规定表明，两者都不约而同地有给家庭或亲属圈自治权的用意（哪怕是潜意识的），都有划定国家和家庭之间界限之用意。这一点很容易说明。首先是亲属相盗等罪免刑，说明国家不愿用刑罚手段干预家里财产的此类争纷；其次是有些亲属相盗情形不告不理，说明国家有意让家庭或亲属圈自己决定是否将案件移送到国家，有意让他们在亲属圈内自己

〔1〕 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局1981年版，第3～6页及脚注。

选择解决办法途径，让他们有“终审权”。特别是1976年《德国刑法典》第247条、第263条“非经告诉不得追诉”的规定，简直是在强调国家有不主动干预家内财产争纷的义务，旨在限制国家权力的过分使用。又如，1871年《德国刑法典》第247条关于“告诉可撤回”的规定，[1]亦更体现了尊重家或亲属圈自治权之意：即使已进入国家权力干预程序，你还可以家或亲属圈之自治决定去追改之。这一点上在中国古代也是法律的内在原则，不必赘述（连在重大刑事案件是否隐匿告发问题上都容家庭自己决定——此即“亲属相为隐”之制，则区区财利争纷由家或亲属圈自行选择解决途径，自是法律依简单逻辑都不能不许可的）。

在了解中西暗合的上述四个方面原因以后，我们也不能不看到在亲属相盗之类问题上中西法规定的某些差异。这些差异可以归结为以下几点。

1．关于盗窃，中国古法规定亲等远近与罪责轻重成正比，越近亲属刑责越轻（以至于无）。在同一亲等亲属间，不论尊卑，即不规定卑窃尊加重、尊窃卑减轻之类。并且减免刑责的亲属圈范围相当大（缌麻以上亲属，相当于罗马法的六至七亲等）。这种情形，在欧美古今法中似乎没这么烦琐。它们规定的减免财产相犯刑责的亲属范围相当小，英美法仅为夫妻间，欧陆法一般为直系尊卑血亲、配偶、二亲等以内血亲（兄弟姐妹）和姻亲（姻兄弟姐妹）等，此范围远小于中国古法。并且，在这一范围内，再也不论亲疏远近，要减免一样减免，不像中国旧法那样分减一等到减三等直至不罚之差级。但是，在处理亲属相盗等罪不论尊卑的问题上中西又是一致的，欧美也没有规定盗尊亲属责重、盗卑亲属责轻之类

---

[1]《德国刑法典》（1976年），载《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社1980年版，第814页、第820页；《德国刑法典》（1871年），载《刑法资料汇编》第7辑，中国人民大学出版社1955年版，第201页、第207页。

(1871年《德国刑法典》第247条、第248条规定尊亲属盗卑亲属免罚，而卑亲属盗尊亲属仅告诉乃论，此属个别例外)。

2. 关于强盗（包括抢夺、抢劫、恐吓取财），中国古法强调尊卑有异，对尊亲属而犯刑责重，对卑亲属而犯刑责轻。这是欧美法所没有的。唐律规定，对缌麻以上尊长犯强盗及恐吓取财者，以凡人论，即比窃盗罪加一等论刑；对缌麻以上卑幼犯强盗及恐吓取财者，各依本法，即依亲属间窃盗减等论罪之法处罚。如尊长抢劫期亲卑幼（别居子孙）财物值五疋，当减常人相盗三等，应处杖九十；而抢劫期亲尊长（别居父母）财物值五疋时，应加窃盗一等论罪，当处徒刑一年半（窃盗五疋徒一年）。同样行为，尊卑间之刑差达三等。这种情形是特别值得思索的。不含暴力胁迫的财产侵犯（即窃盗），因不涉及侵犯尊亲属的生命、健康、尊严或权威，故不必论尊卑刑差，不必加重卑幼刑责；一涉及含有暴力胁迫的财产侵犯，因包含侵犯尊亲属生命健康尊严权威之因素或可能，故罪责应加重。这说明中国古法认为，亲属间纯财产性质的侵犯，轻于包括危害生命健康及尊严权威之可能性的财产侵犯，认为纯财产动机更可悯恕。但是我们也应注意到，即使是卑幼对尊长行强盗罪责重于尊长对卑幼强盗，但毕竟只是罪同常人，并没有像杀、伤罪那样比常人相犯加数等论罪。既包含暴力胁迫而又不加常人一等以上论罪，这说明法律考虑到此种情形下卑幼对尊长的暴力胁迫不是目的，只是取财手段，并非蓄意侵害尊长尊严、健康、生命等，只是取财之中附带有此后果。这种以取财为目的的亲属相犯，毕竟要轻于以侵害生命健康尊严为目的的亲属相犯，故仅依常人相强盗情形论处即可。这种关于强盗情形的尊卑刑异，欧美没有。它们没有规定抢劫、抢夺、勒索等情形下亲属相犯应减轻或免予处罚，说明在这些情形下完全与常人同罪；它们更没有尊卑有异的刑罚规定。这表明欧美法更重视保护人权——生命权、健康权、尊严和自由等等，即使亲属之间的侵犯也不稍宽恕；一涉及暴力胁迫型的财产侵

犯，就不被视为家或亲属圈自治事务，而必须由国家干预处理了。

(三) 关于亲属间的性侵犯

亲属间的性侵害应加重处罚，中西刑法不谋而合的原因大概不外三点：(1) 这种犯罪侵害了人类社会最基本的伦理，近乎禽兽(高级动物尚不会如此)，故其犯罪恶性更重，应加重处罚。这种犯罪，不仅侵犯了亲属的性权利和自由，更悖逆了最基本的人类文明准则。因此《圣经》主张处以火刑，以消除无以复加的深重罪恶；中国古法主张处以极刑，“十恶不赦”。(2) 亲属间性侵犯往往伴随着尊亲属滥用对卑亲属（包括已成年者）的权势之情形。这种权势的滥用，与这种权威的应有目标、宗旨背道而驰，故应比常人更加严惩，就如法律严惩官吏利用权势奸淫、贪盗一样。因为负有更重的法律及伦理责任的人犯此类奸罪，罪责理应加重。(3) 强奸亲属所造成的社会后果更重。除一般强奸罪的后果外，强奸亲属引起的人心惊骇或公愤，远重于一般强奸案。此外，其所可能造成的奸生子女问题，更令文明的人类极度难堪——亲属关系之定位或名分难以确定，亦子亦孙、亦弟亦子、亦侄亦子等情形，其悲剧远比寻常强奸案更难终结，无穷无尽。

不过在这一方面我们也应注意到欧美法与中国旧法的差异。最主要的差异之一是：中国旧法关于亲属间性侵犯之罪责的规定，依亲属关系远近轻重有差，欧美法则没有此差等。如前文所述，《唐律》分为三等。最低一等是强奸缌麻以上亲属等，稍高一等是强奸从祖母（姑）等，最高一等是强奸父祖妾、伯叔母等（还有“法律不忍书的”极高一等）。[1] 其刑分别从流二千里至绞斩。直到清末，仍依此亲等定罪，重者斩首或凌迟处死。在欧美法中，对亲属

[1] 明清律增加“奸同宗无服亲及亲之妻（杖一百）”为最低层次，故变为四个层次。并加重各层次刑罚：奸缌麻以上亲强奸者斩；奸从祖母姑等，和者绞，强者斩；奸父祖妾等一律斩。

性侵犯，只要在法定的亲属范围内，不因亲等远近而加重或减轻刑罚（当然，在具体审判中，法官可能会在法定量刑幅度内根据亲等远近而有处刑轻重差别）。另一个重要差异是：中国旧法对亲属间性侵犯的处罚方面似无尊卑刑差，而欧美则特重尊亲属对卑亲属性侵犯之刑。自唐律至明清律，在“亲属相奸”案中，均把差不多同亲等的尊亲属和卑亲属同列入一个等级，按亲等共列三个等级。同亲等的卑亲属强奸尊亲属不加重刑罚，反之亦然。这种不因尊卑身份而加刑减刑的规定，一是因为刑罚已至极端，无可加重；二是因为尊长强奸卑幼已严重违背伦理，若此时像尊长伤害卑幼情形一样减轻处罚以维护家长权威尊严，已毫无意义，甚至违反伦常（尊长有管教支配卑幼之权，但绝对没有性支配之权）。欧美刑法与此不同，规定尊亲属或监护人强奸、奸淫、猥亵未成年卑亲属者加重处罚（其他情形下的亲属间强制性侵犯，视同常人）。最典型的是《西班牙刑法》第452－7条亦规定：“尊亲属、监护人、教师等对卑幼、被监护人、学生等犯强奸、诱奸、通奸、猥亵等罪，均应处以各该法定刑之最高等。”[1] 这类规定反映了欧美法特别重视保护卑幼、未成年人权益，防止尊亲属滥用权势（正如防止教师、官吏等滥用权势一样）的立法意图。这一中西差别是极为值得注意的。

（四）关于诱唆胁迫亲属犯堕落耻辱之罪

引诱、唆使、强迫亲属犯猥亵、奸淫、卖淫等有伤风化之罪者，为什么要比常人犯此罪者加重处罚？这道理，我想不外两者，而这两者正是中国和欧美在此问题上不谋而合的原因。(1) 亲属之间有责善助美之义务。特别是尊亲属对卑亲属而言，这是法定义务。违背以善和美教导亲属之义务而犯此种诱迫之罪，其罪恶当然重于常人（因为常人间没有此种主动责教之义务，仅有不诱迫人堕

---

[1] 《西班牙刑法》(1971年)，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1914页。

落之不作为义务），当然应加重处罚。欧美和中国相同的立法选择表明了这一共识。亲属间无论依法理还是伦理都应互相责教、帮助以臻于更道德、更体面、更有尊严和荣誉地生活，岂能将其推向耻辱、堕落，推向火坑！如此恶行不重罚，何以维持社会起码道德！（2）驱迫亲属堕落犯罪者一般都是利用为夫为父母为兄或为监护人之类权威。为防止这种权威滥用，为保护家庭里可能受这种淫威迫害的无辜卑幼的权益，法律当然要设重于常人之刑以惩之。在这一点上，中西法律的相同规定也显然体现了相同的立法意图。甚至这一方面的用意比前一方面更直接、更重要。因此我们若笼统地说中国旧律中没有保护权利的规定是不妥当的。亲属之间因为伦理上、生活上的种种相互依赖性决定了这种亲属权威的滥用远比其他权威的滥用更容易、更方便。有鉴于此，法律不能不为之专立严法以防范。此外，还特别值得注意的是，中国旧法和欧美近现代法都规定此类诱迫亲属堕落之罪为公诉罪，都不是告诉乃论。这也是一大不谋而合，因为这已不是一般私人侵害，这已严重危害着社会！

（五）关于亲属间其他犯罪

亲属间的虐待遗弃为何要加重处罚？这道理与亲属间杀、伤应加重处罚之理由略同。不过还应当特别指出的是，亲属之间有相互保护、相互扶养的道德和法律双重义务。犯虐待遗弃亲属之罪者违背了两重义务，罪恶更深，理应加重处罚。这是中国法和欧美法在此一问题上共同的立法意图。这样做，是为了更有力地维护亲属间的和谐互爱，维护亲情伦理，也是为了维护社会秩序。如果虐待遗弃亲属与虐待遗弃常人无异，则亲情伦理贬值，暴力和冷漠从家内开始向社会泛滥，家庭或亲属之间那点“温情脉脉的面纱”也被撕破，社会就变成一个没有多少人味的社会了。中外立法显然旨在避免此种结局。不过这里要指出中国古法和欧美法的两个重要区别。

1. 中国旧法向来没有规定无亲属关系或无保护关系者之间的虐待遗弃之罪，而欧美近现代法一直两种遗弃罪并立。明清律中有

“屏去人服食”之条，略含有惩治常人之间的虐待遗弃之意，但不明确、不完整，也不严格，因为那些律文规定本意在于惩治以“寒月脱去人衣服，饥渴之人绝其饥食，登高乘马私去梯辔之类”致人伤、死之情形。[1] 用今天话说，主要在严惩一种间接故意伤害或杀人。这里惩罚的是故意“屏去”之行为，是一种主动作为，主要指的是虐待，而不包括违背救助义务的不作为。而西律中常人间的遗弃罪正是要惩治这种常人间违背救助义务的不作为。欧美刑律常称常人间遗弃为“无义务的遗弃”，称亲属间、师生间、监护人和被监护人间、医生和病人间等遗弃为“有义务的遗弃”，中国传统法中是基本上没有这种分别的。[2] 直到 1928 年《中华民国刑法》才开始两种遗弃罪并列。该法第 309 条规定：“遗弃无自救力之人者处 1 年以下有期徒刑拘役或罚金；遗弃依法令或契约有扶助保护养育义务的无自救力之人者处 6 个月以上 5 年以下有期徒刑。致死致伤者比照故意伤害从重处断。”[3] 1935 年《中华民国刑法》亦然。直到这时，中西法律在此一问题上才完全一致。

2. 关于亲属间虐待遗弃，中国传统法只重卑亲属对尊亲属虐待或“供养有阙”，几乎未有尊亲属虐待遗弃直系卑亲属之罪名。父祖谋杀、刃伤卑幼都可以减常人一至三等论罪，父祖殴卑幼非折伤者勿论，父祖诬告卑幼以死罪者均可免究，父祖略卖、和卖者子孙无罪，[4] 则父祖虐待遗弃子孙当然法所不究。

---

〔1〕《大明律》和《大清律》之《刑律·人命》。放在“人命”门中说明立法者是将此种行为当作杀、伤之罪来对待。

〔2〕到《大清新刑律》和《中华民国暂行新刑律》的均只有“有义务的遗弃罪”。

〔3〕《中华民国刑法》(1928 年)，载《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社 1980 年版，第 206 页。

〔4〕自唐至明清各律只有“卖期亲以下卑幼为奴婢”之罪名，若卖期亲以下卑幼为他人妻妾子孙者无罪。参见《唐律疏议》、《大明律》、《大清律》“略卖期亲以下卑幼”条。

以上中西刑法两点差异正反映了中国古代法律的严重缺陷。一是于非亲属之间不责以虐待遗弃之罪，显示中国传统法律和伦理只重家庭内私德而不重视公德。非亲人即为疏人路人，虐待遗弃只要没有重伤死亡之类后果，舆论谴责都不会有。此点为近代以来的革命家们痛心疾首的残酷事实，[1]至今见危不救者屡屡皆是。二是亲属之间虐待遗弃之罪重责卑幼，几乎不责尊长，显示中国传统法律极为严重的不平等价值取向。这种“亲疏有别、尊卑有别”的不恰当运用，恰恰导致了对本身的危害，导致了对自然法的背叛，导致了对立法者原意的背反。所以，虽有与西方不谋而合的善良法条和立法意图，最后却不能在西法的冲击下保持法系的自存，系以此偏误所致也。

亲属间告发视为犯罪，中西近代法以来都取消了。此后告发亲属之犯罪，成为每个公民的一项权利，但不是义务，这一点是中西共同的。此问题我另有专文论述。[2]但亲属间诬告陷害为什么要加重处罚？在古代似乎中国和西方，均有此法，但在近代社会以后似乎只是中国才有诬告尊亲属加重处罚之法，故不必详论。理由应与杀、伤、虐待遗弃之犯罪相似：任何人若居然狠毒到捏造事实诬告陷害朝夕共处有扶助或教养之恩的亲属，企图使其枉受冤狱之祸的地步，可见其犯罪恶性远重于诬陷常人者；若诬陷对自己有生身抚养之恩的直系尊亲属，则罪恶更重，更当严惩。

关于子孙违反教令之罚及肯定尊亲属管教子女权威的规定，中西的起点也是相同的，都是为了保障家内一定的组织和秩序（而这也是社会稳定所需要的）。善意而恰当的尊长权威对家庭是必要的，对子孙的教育成长是必要的。中国古语云：“鞭扑不可废于家犹刑

---

〔1〕梁启超：《饮冰室合集·新民说》。

〔2〕拙文：《中外法律传统中的“亲亲相为隐”》，载《中国社会科学》1997年第3期，现收入本书，为第五章。

罚不可弛于国"，"鞭扑废于家则竖子之过立见"，道的就是此理。只是古代中国鞭扑用之太过，以至于"以理杀人"，卑幼过分枉屈，使其非人化。这种偏失，也与前文提到的许多方面的偏失紧密联系在一起，都源于强调尊长权威太过。这种权威，若把握好度，不害人权，适当使用，法律加以有效节制，应是有助于道德教育的。孟德斯鸠认为，在共和国里，"父权对于保存风俗有很大的作用……在共和国里，是没有在其他政体下所见到的那种强制权力的（指专制政体之下肆虐的国家暴力等。——引者注）。因此，法律必须寻求其他权力以资弥补。用来弥补的，就是父权。"[1]如果我们不把父权武断地一概视为在任何情况下都是专制暴虐有损子女人权的家内权威的话，就应该承认适当的尊长教导权威完全必要。有这种基于年龄、经验阅历、爱心而自然形成的权威适当地教导子女，防止其趋向堕落，总比打破一切家内权威要好。[2]因此，当袁世凯照搬《大清新刑律》，改名为《中华民国暂行新刑律》时，鉴于旧律中的"送惩权"猝然废除不合国情，遂于《暂行新刑律补充条例》中补充规定："行亲权之父或母，得因惩戒其子请求法院施以6个月以下之监禁处分。"若不简单地奉"凡是敌人拥护的我们就要反对"的原则为圭臬的话，我们应该承认，"送惩权"是亲权（父母权）与国家权的一种结合运用。既可以防止亲权的苍白无力（因受保护未成年人权益的种种法律即保护人权要求的种种正当限制，父母不得使用体罚、拘禁等方式来"以刑辅教"），又可以防止亲权的滥用（情节严重的对抗父母管教者即由国家帮助或代行惩教，防止了家内暴力）。同时，司法机关还可以通过审理送惩案件的调查过

[1] [法] 孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》上册，商务印书馆1982年版，第49～50页。

[2] 有时，尊亲属因其本身的愚昧无知或堕落不配享有此种权威，不过这是少数情况。立法只能以多数情形为准。

程随时发现家内侵犯卑幼合法权益之事实并为制止之措施。若发现送来求惩之子女并无过错，而过在父母，则不予惩处并责父母纠正自己错误就是了。所以把“送惩权”等同于封建家长权是不妥的。

至于妨害亲属之自由为何要加重罪责，这个问题的理由与杀伤虐待遗弃等情形一样。亲属之间，本有互相保护自由之积极责任。为保护亲属的自由等受紧急危害而为违法行为，在国外大多可以视同紧急避险免其刑责，则积极侵害亲属自由之行为当然罪责应重于侵害常人之自由。中国仅强调妨害尊亲属行动自由加重刑责，是有些偏颇。应尊卑亲属一视同仁。

三、近百年法制变革之教训

中国法制近代化的过程，若从1902年清廷任命沈家本、伍廷芳为修订法律大臣开始删修《大清律例》时算起，至今已94年。若从1898年戊戌变法时算起，至今已102年。这一百年来，中国经历了“三千年未有之变局”。中国社会变革的至深至巨，超过了以往任何一个时代。我国的法律，作为这个巨变时代的忠实记录，作为中国社会巨变的文字体现，也脱胎换骨，使国人颇感新颖诧异。

1908年，在沈家本主持起草的《大清新刑律》草案初稿中，一举废除了最反映中国传统伦理的“干名犯义”、“犯罪存留养亲”、“亲属相奸”、“亲属相盗”、“亲属相殴”、“亲属相杀”、“无夫奸”、“子孙违犯教令”等法律专条，引起了一场激烈的争论。最后，通过草案分则正文的修改和增加“附则五条”等方式，又恢复了“亲属相奸”、“亲属相盗”“无夫奸”等专条，复定亲属相杀相殴如对尊亲属而犯时加重处刑之条。这场争议尚未完结，清廷垮台。北洋政府时期，袁世凯又令在《中华民国暂行新刑律》之后列“补充条例”15条，特别恢复了与“子孙违犯教令”有关的“送惩制”，继续保留了“无夫奸”之罪名。南京国民政府时期，1928年刑法典保留了“亲属相奸”、“亲属相盗”，保留了杀伤尊亲属加重处刑之

规定，但废除了“送惩制”和“无夫奸”之条；1935 年刑法典一度想废除“通奸罪”，但未成功。1949 年以来的刑事法才真正稳底地废除了“亲属相奸”、“亲属相盗”、“亲属相杀伤”、“通奸”、“无夫奸”、“送惩制”等专条规定。从此，刑法中不再有任何关于“尊卑有别、亲疏有别”的文字规定，“亲亲尊尊”原则的痕迹从文字上是找不到了。类似于本文第一部分列举的西方近现代法和中国古代法中共有的种种关于亲属之间犯罪的特殊规定，我翻遍了我国现行刑法典、单行刑事立法、刑事司法解释，几乎一条也找不到。[1]

这就是关于亲属相犯问题的中国法律近代化历史。这是一部奇异的历史！单就这一问题的近代化历史过程而言，我敢说，这是一部值得深刻反省的历史，这是一部有太多的教训需要尽快总结的历史。限于篇幅，本文只能就这一历史的反省作点简单的提示。

1. 我们彻底除去了关于杀、伤亲属（特别是尊亲属）加重处罚的规定，我们还取消了诱迫亲属奸淫猥亵加重处罚的规定，更没有关于强奸亲属、诬告亲属、妨害亲属自由加重处罚的规定。在对亲属的生命、健康、自由、尊严侵害之情形下，我们失去了对犯罪人加重处刑的任何正式法定依据；充其量可能凭着法官的智慧和良知将其视为一种可以在法定量刑幅度内从重量刑的情节。甚至这种从重情节的认定也从未得到权威的正式认可。这样一来，许多加害亲属、惊骇人心风俗的案件是否能做出符合大众道德和社会理性的判决，就完全系于法官们的自由认定了。判决结果常常是“亲疏无别，尊卑无别”，一视同仁，甚至更轻于常人相犯。以这样“亲疏

〔1〕 仅找到了半条。1984 年 11 月 2 日，最高人民法院、最高人民检察院《关于当前办理盗窃案中具体应用法律的若干问题的解释》中规定：“要把偷窃自己家里或近亲属的作案，同在社会上作案加以区别。”具体如何区别？最高人民检察院 1985 年 3 月 21 日给四川省人民检察院批复：“对此类案件，一般可不按犯罪处理，对确有追究刑事责任必要的，在处理时也应同在社会上作案有所区别。”这与旧律“亲属相盗”精神相通。

尊卑无别”的法律条文和司法判决去诱导社会，诱导人心，将会产生什么样的结果呢？中国古代法律和司法特别强调“教孝”、“教慈”，西方法律特别注重“教权利”、“教博爱”，我们今日法律应该教导人们什么？现在的情形，能教导社会主义精神文明吗？精神文明的核心是什么？是民主和权利基础上的人民互助互爱。从这个意义上讲，我们的立法和司法必须特别注重“教爱”。亲属之爱是一切爱的起端，法律不加特别维护，能“教爱”吗？法律视亲属为路人，能教人们爱亲属吗？不爱亲属者，能真的爱他人吗？以这样的立法和司法价值取向去促进精神文明建设，岂非扬汤止沸，抱薪救火？

“亲亲尊尊”是人类本性和天然情感中的客观存在。只要人类还有家庭、亲属关系存在，只要人类还把血缘、姻缘作为人际关系中的一种特殊因素加以考虑，“亲亲尊尊”就是一种无可摆脱的心理动力习惯。这种心理动力习惯决定着人们的情感、道德观念、伦理，决定着社会生活的潜在法则。人类制定法是无法回避这些潜在法则的。违背这些潜在法则的法律没有生命力。我们有时讲亲疏尊卑要一视同仁，那是指在爱人利人的场合。若在对待亲属相犯问题的立法和司法上简单地追求“一视同仁”，此种追求必将适得其反。十倍无戒备地暴露于被亲属加害的危险之下反而得不到特殊一点的保护，老弱的尊亲属和幼弱未成年的卑亲属终日处于有权势或力气的亲属异乎常人的加害方便和条件下反而得不到一点特殊保护，是有悖公平原则的。具有更深更重犯罪恶性且对社会伦理伤害更重的亲属相害，得不到更重的处罚，这是有违罪刑相适应原则的，也是不公平的。本来意欲一视同仁的立法和司法，结果是：对犯罪亲属宽仁了，对受害亲属苛待了、刻薄了，恰恰有悖于“一视同仁”。

我承认，中国旧法中“亲亲尊尊”原则实在是引申太过了，以致有“以理杀人”之谬误。但是，为了除此弊端，我们难道就非要废除有关侵害亲属（特别是尊亲属和未成年卑亲属）加重罪责的规

定不可？反封建难道一定要连适度的“亲亲尊尊”都要反掉？建立一种“亲亲而不害于疏，尊尊而不害于卑”即符合平等和权利原则的“亲亲尊尊”秩序难道不可能？事实表明，没有必要把孩子连同盆中脏水一同泼掉，欧美法中体现了平等原则且对老弱、幼弱者特加保护的“亲亲尊尊”可作我们的借鉴。我们不是为了“亲亲尊尊”而“亲亲尊尊”；我们必须认识到，法律若不适度体现“亲亲尊尊”，就不足以保障人权、自由和平等。

2. 在亲属间性侵犯的问题上，我们也许把彻底删去清末民国时仍保留的“亲属相奸”专条视为反封建的胜利，这种做法今天也值得认真检讨。亲属间强奸、尊亲属利用权威奸淫未成年卑亲属、对亲属强制猥亵，这些恶行，的确不能与常人间此类犯罪等视。对这种恶行加重惩罚，是保护未成年卑亲属乃至保护所有可能被利用尊亲属或监护人之权势而实施侵害的弱势亲属所必须的。依我国现行刑法，对14岁以下的幼女实施性侵犯的亲属，只可依法受常人强奸罪的惩罚，这种惩罚本来就与其超常罪恶不相适应。至于对14岁以下未成年子女实施猥亵或强制猥亵，刑法更付之阙如，没有处罚规定。对14岁以上未成年子女的性侵犯，我国刑法更缺乏欧美刑法普遍存在的“诱奸”、“利用亲属、教养、监护等权势奸淫”的法条。《大清新刑律》中，沈家本等人执意除去“无夫奸”之罪名，但毕竟还保留了“亲属相奸”的罪名，使12岁以上未成年少女在其尊亲属或监护人的性侵害面前尚可得到法律的特殊保护。在1928年《中华民国刑法》中，除了一般的“亲属相奸”规定外，还特别规定尊亲属、监护人、师傅等强奸、强制猥亵、欺奸卑幼或生徒加重处刑。我们今天的情形大不相同了。我国现行刑法既无通奸、诱奸之罪名，又无利用权势奸淫猥亵未成年子女之罪名，把14岁以上未成年男女受性侵犯的情形完全等同于成年男女

受侵害的情形。这实际上是假定这些未成年（14 岁至 18 岁或 20 岁[1]）男女与成年男女有一样的性道德、性观念上的理性成熟程度，假定他们完全可以凭借自己的判断和力量去抵御利用亲属、教养、监护等权势诱迫奸淫猥亵的犯罪者。这实际上使他们得不到任何一点特殊的法律保护，可以说是把他们当成成年男女提前“开放”给了那些想利用权势对他们实施性侵害的恶徒。更有甚者，我们的法律甚至公然将此种利用权势奸淫排除于刑罚之外。[2] 这样的立法，一方面是由于对此类犯罪认识不足，另一方面也是由于我们的刑法缺乏一个“强奸以外的性侵害”的过渡性罪名，[3] 因而使这种利用亲属、教养、监护等权势奸淫 14 岁以上未成年人之罪行处理起来十分困难：一律视为强奸，失之过重，因为我国刑法规定的强奸罪刑罚太重；一律视为无罪（仅视为道德问题），又失之太轻，放纵了恶徒，不利于保护未成年人的权益。这种尴尬局面是值得我们认真反思并设法补救的。在当今瞬息万变、花花绿绿的社会里，立法保护 14 岁以上婚龄以下的青少年妇女免受性侵害，特别是免受利用亲属、教养、管理、监护等权势关系的性侵害，保护其合法权利，尤为重要。即使不是暴力、胁迫，仅仅是利用欺骗、诱惑手段对未成年妇女实施奸淫、猥亵，仍是性侵害，仍应视为犯罪，不只是道德问题，决不能像沈家本那样把这类犯罪仅仅看成是“未害及社会”的“个人过恶”。[4]

---

[1] 我国法律规定 18 岁为成年时间；西方国家一般把成年时间定为 20 岁，甚至有定为 21 岁（如加拿大）者。

[2] 1984 年 4 月 26 日《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于当前办理强奸案件中具体应用法律的若干问题的解答》规定：“有教养关系、从属关系和利用职权与妇女发生性行为，不能都视为强奸”，还必须有“进行挟制、迫害，使妇女忍辱屈从、不敢抗拒”等情节才算强奸。

[3] 1994 年《法国刑法典》第 222－24 条至第 222－28 条的规定即是此种过渡性罪名。参见《法国刑法典》，中国人民公安大学出版社 1995 年版。

[4] 《寄簃文存》二编卷下《书劳提学新刑律草案说贴后》。

我们废除这方面的罪名，是清除性道德性观念上的封建主义的成果吗？事实令人尴尬。在号称“性解放”的欧美国家尚有此类规定，我们这个昔日特重伦常、今日特重精神文明、道德建设的大国反而简单地予以取消，实在令人震惊。这些罪名的存在就一定是封建主义毒素？欧美法律为什么要保留这些封建毒素？自沈家本以来，关于这一方面的问题，就存在着在反旧伦常的同时却忽视了人类文明基本秩序和准则的错误认识。今天是该全面反省的时候了。

3．我们取消了关于亲属相盗免予刑事责任或减轻处罚的法条，也取消了保护尊亲属和监护人的适当强制督教权威的任何正式规定，这些变革的利弊得失也值得认真省思。亲属相盗，可能是典型的“家务事”。古语谓“清官难断”，也许主要是主张不过分干涉家内自治。在我们现今刑法中，因盗窃罪是公诉罪，实际上是说国家机关和任何公民随时有权纠举发生在家内和亲属之间的财产侵害之罪。这种法条，从法理上看有瑕疵，在实践中也根本行不通。行不通之法条仍留在法律中不加修正，无异于自坏法律的尊严，也可能让侦查机关因不得不立案侦查而不胜其烦。至于尊亲属或监护人的强制督教权威的保护条文的废除，可能有利于消除封建家长制之余毒。但是，在防止尊亲属督教权的苍白无力和防止督教权滥用侵犯未成年人权益这两重目的方面，我们的立法都能达到目的吗？我们能坐视其中一方面落空吗？在这里，事关人身权利，国家也许应该干预。因为人身权利比财产权利更重要。应干预而不干预和不应干预而干预，不都值得反省吗？

结语

我们可以假想这样一个场面：把我国现行刑法典和欧美任一国家（比如法国）的刑法典摆在一起，删去所有表示“国籍”的字眼，让孔子、孟子这些中华文化传统的精神代表们的在天之灵来辨认：哪一个是中国的？他们肯定会异口同声地指着后者说：“此当为中国之法。虽经两千余年演变，然精神尚在，尚可辨认。”至于

前者，他们肯定会说：“此当为外邦之法，因不见我中华精神之痕迹。”先圣此语必使我们尴尬莫名、羞愧难当。

这种检测当然永远也不会有。但将二者加以比较后的这种羞愧尴尬感，却是每一个有文明薪传之责任感和忧患意识的士人（特别是法学家）必然会有的。一个民族应有一个民族特有的民族精神，这种民族精神，与特定的主义、制度、阶级统治、政治意识形态是没有必然的伴生关系的。法律制度应因时而变，但民族精神似乎是不可废弃的，似乎是变不了的。只不过体现承载的方式略有变化而已。没有民族精神的民族，就如没有个性的个人，其独立存在的价值将逐渐消失。

我当然不是说只有欧美法律保持了中华民族精神（我们不能用“礼失求诸野”来自慰），也不是说“亲亲尊尊”只是中国法的特有精神。我是想请读者注意到：“亲亲尊尊”是中国传统文化重伦理、重亲情、重和谐、重仁爱、重道义的民族精神的基础，也是西方文化传统重权利、重平等、重自由、重博爱、重正义的民族精神的基础。从这个基础或出发点出发，西方引申出了自己的权利精神，我们引申出了自己的伦理和仁爱精神。但也各自引申出了自己的偏好乃至谬误。这种民族精神原始基础或出发点上的共性，正是人类文明的共性，是普遍的人性所决定的共性，正是所谓“自然法”。在文化学上，有人讲，最具有民族特色的，即最具有世界性。亲属相犯问题也许正是一个例证。

中国旧法讲“亲亲尊尊”，我们认为是封建宗法主义，我们“革”了它的“命”；西洋法讲“亲亲尊尊”，我们认为是资产阶级虚伪的“人性论”，是“温情脉脉的面纱”，是故意模糊阶级性质的东西，我们也要“革”它的“命”。两“命”革掉之后，我们建立了什么更新更好的？

第八章　中西伦理与法律中的“和奸罪”

性犯罪，包括强奸罪与和奸罪，作为人类文明史以来最主要的犯罪种类之一，一直受到法律和法律家们的特别关注。无论什么国家、什么民族、什么社会制度形态、什么时期，性犯罪都是一个回避不了的现实，是文明社会必须面对的一个共同问题。这可能是人类社会的不同时代、不同文明形式中最大的共同问题。对于这样一个共同问题，不同民族、不同国家、不同时期的解决方案可能有一些不同，但是其致力达到的目标是根本一致的。这个一致目标就是：遏止婚姻外的性关系，维护正常婚姻，保证继承人血统的纯洁性；保护受害人的人身权益，维护家庭的稳定并促进社会稳定。因为这样一种目标上的共同性，所以不同时代、不同民族、不同文化传统中的人们在评价这一类犯罪时，在为这一类犯罪设计矫正方案时，就难免采取相近或相同的思路，形成相似的标准或原则，创造相同或类似的法律制度和惯例。在近年的研究中，我发现，中外法律传统在这一方面表现出了惊人的共性。本文打算对这些共性作一些初步综述和分析。为了集中主题，我仅仅以中国和欧美法律传统中关于非暴力的性犯罪即“和奸罪”的法律和惯例为研究对象，探讨中西法律传统在这一方面的不谋而合及其文化原因，附带反省新中国刑法在这一方面的缺陷。

一、中西惩治“和奸罪”之法不谋而合

和奸，是中国古代的法律概念，“不强谓之和”，是指强奸以外的一切性犯罪。在这里，我借这个概念来概指中西法律传统所共同关注的一切非暴力的性犯罪，主要指“亲属相奸”、“通奸”、“无夫

奸”、“诱奸”、“私奸”，等等。还应当包括利用亲属、监护、教养、管理等权势奸淫妇女的情形（不过，在本文里暂不讨论[1]）。西方法律传统中关于惩罚和奸罪的规定和习惯，似乎并不亚于我们中国的法律传统。从古代到近现代西方，惩治和奸罪的法律和习惯相当丰富，与中国法律传统非常相似。欧美现代刑法仍存在大量的惩治“和奸罪”的规定，这与我国现行刑法彻底取消任何意义上的“和奸”条文形成鲜明的对照。

（一）关于亲属相奸

亲属间的反伦理的性行为或婚姻，早在古希腊神话时代就视为弥天大罪。俄狄浦斯杀父娶母，自知罪恶深重永不可恕，便自己刺瞎双目、自我流放远方为乞丐。[2]古罗马法规定，与父亲的继妻或姘妇通奸、与子孙之妇通奸，均为乱伦罪，除应受刑罚外，还应剥夺继承权。[3]《圣经》格外重视乱伦之罪，如“人若娶他的姐妹……彼此见了下体，这是可耻的事情，他们必在本民的眼前被剪除。”若有与继母、儿媳、岳母、伯叔母同房等罪行，均应男女一起治死，或用火烧。[4]这种观念在欧洲中世纪当占支配地位，也影响了近现代西方刑法。

1871年《德国刑法典》第173条规定：“血亲相奸者，处5年以下轻惩役；姻亲相奸者处2年以下轻惩役。”并规定，若尊卑亲属相奸，尊亲属刑重，卑亲属刑轻。这一规定至1976年《德国刑法典》仍完全保留，并特别强调亲属关系（姻亲）消灭后仍适用此

---

[1] 另有专文讨论。在本书的《“亲亲尊尊”与亲属相犯：中西刑法的暗合》一章中讨论过利用亲属性的权势奸淫妇女之罪；在《公务员性犯罪与中西刑法传统》一章中将要专门讨论利用政治性的权势奸淫妇女的罪行。

[2] 赛宁等编：《希腊神话故事》，中国社会科学出版社1994年版，第153～158页。

[3] 周枏：《罗马法原论》下册，商务印书馆1994年版，第487～488页。

[4] 《圣经·利未记》第二十章。

罪名。[1] 这里规定的刑罚都明显重于该法第 171 条、第 172 条重婚、通奸两罪之刑罚。1975 年《法国刑法典》第 331 条、第 333 条规定，尊亲属、监护人对卑亲属或被监护人为猥亵、奸淫者，处 10 年至 20 年有期徒刑或无期徒刑，远重于非亲属间同类行为之罪。1994 年《法国刑法典》仍于第 222－24 条、第 222－28 条、第 227－26 条、第 227－27 条分别规定尊亲属对卑亲属奸淫、猥亵者，处 10 年、5 年监禁或徒刑。这些刑罚也明显重于非亲属间的通奸、猥亵之刑。[2] 作为罗马文明发源地的意大利，制裁乱伦的法条格外多。例如，1968 年《意大利刑法》第 564 条规定："与尊卑亲属或直系姻亲、兄弟姊妹乱伦而引起公愤者处 1 年至 5 年徒刑，再犯者处 2 年至 8 年徒刑。成年亲属与未成年亲属乱伦者，成年亲属加重其刑。"该法第 519 条规定尊亲属或监护人与未满 16 岁卑亲属或未成年人奸淫者视同强奸加重处刑。该法第 542 条规定所有侵犯性自由之罪告诉乃论，但尊亲属对卑亲属所犯者不在此限，应提起公诉。为防止乱伦之教唆，该法第 565 条还特别设立"报刊宣传乱伦罪"之处罚法条，规定以文字或图画报道乱伦之情状者，处 4 万里拉以上 20 万里拉以下罚金。[3]

英美法系国家亦然。如 1910 年《美国联邦刑法典》第 517 条规定："三亲等以内血亲相奸、结婚者，处 10 年以下徒刑，而普通

---

[1] 《德国刑法典》（1871 年），载《刑法资料汇编》第 7 辑，中国人民大学出版社 1955 年版，第 174 页；《德国刑法》（1976 年），载《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社 1980 年版，第 782 页。

[2] 《法国刑法典》（1975 年），载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社 1980 年版，第 1218 页、第 1219 页；《法国刑法典》（1994 年），中国人民公安大学出版社 1995 年版，第 65～66 页、第 99～100 页。

[3] 《意大利刑法》（1968 年），载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社 1980 年版，第 1623 页、第 1610 页、第 1616～1617 页。

通奸仅处3年以下徒刑。”[1] 1971年《加拿大刑法典》第150条规定奸淫亲属罪为公诉罪，处刑14年。而同法规定的诱奸罪仅处刑2年。[2] 这均说明英美法律亦特别严惩乱伦之罪。

即使在前东欧社会主义刑法典中，由于受到欧洲旧法律传统的强烈影响，也都有“亲属相奸”专条。如前《保加利亚刑法》第174条规定尊卑亲属、兄弟姐妹、养父母子女间性交者处3年以下剥夺自由。[3] 前《阿尔巴尼亚刑法》第168条、前《捷克斯洛伐克刑法》第242条之规定略同。[4]

无论是欧洲大陆法系国家、英美法系国家，还是前东欧社会主义刑法，都严厉惩处亲属之间的乱伦行为，都把它视为比寻常的通奸罪更加严重的犯罪。其惩处亲属乱伦之法十分丰富，不胜枚举。此处特别值得注意的是：在我所查阅过的30多个刑法典中，取消了乱伦（亲属相奸）罪名的只有四个国家：前苏联、蒙古、朝鲜、中国（中国台湾地区仍保留血亲相奸罪），其余国家（包括南亚、西亚、东亚、南美等许多国家）均有严惩亲属相奸之法条。

欧美法在此一问题上与中国法传统相当吻合，不过在对这种罪恶之定性程度上似较中国古代稍轻。中国自汉即有“禽兽行”或“内乱”之罪名，严惩乱伦。汉成帝时，梁王刘立坐与姑及舅母奸，有司劾以“禽兽行”，法当死。[5]《唐律》以后，奸小功以上亲及父祖妾，视为“内乱”，为“十恶”重罪之一，常赦所不原。其中

[1] 《美国联邦刑法典》（1910年），载《刑法资料汇编》第7辑，中国人民大学出版社1955年版，第342页。

[2] 《加拿大刑法典》（1971年），载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第2199页。

[3] 《保加利亚共和国刑法典》，第47页。

[4] 《阿尔巴尼亚人民共和国刑法典》，法律出版社1956年版，第47页；《捷克斯洛伐克共和国刑法典》，法律出版社1956年版，第98页。

[5] 《汉书》卷四七，《梁王刘立传》。

奸父祖妾、伯叔母、姑、姊妹、子孙之妇、兄弟之女者处绞刑。[1]这些规定一直保持到清末。

近代法律变革中，基本上保持了这一传统。在《大清新刑律》草案前几稿中，沈家本等人坚持废除"亲属相奸"之罪名，但在最后的草案定本中，屈服于礼教派的强大压力，仍单独规定了"本宗缌麻以上亲属相和奸"比一般通奸罪加重处罚的法条。从《中华民国暂行新刑律》、1928 年《中华民国刑法》，到 1935 年《中华民国刑法》都保留了关于惩处亲属相奸的法条。如 1935 年《中华民国刑法》第 230 条规定的血亲相奸罪之刑罚仍远重于一般通奸罪：前者处刑 5 年以下，后者处刑 1 年以下。这种加重惩罚，是与西方亲属相奸法一致的。从维护亲属间性伦理及性权利自由来讲，欧美法与中国法传统应有一致之处。到了新中国刑法，彻底取消了任何关于通奸和亲属相奸的专有罪名。

(二) 关于通奸

通奸，在中外古代和近代几乎有一致的定义，即与已婚妇女的非法性行为（不管男子是否已婚）。这种行为，以非男女间两相情愿的性关系为特征，似不侵害任何别人，因此不能像强奸罪一样视为性侵害。中外法律传统之所以将其视为罪行，主要将其视为通奸者对各自配偶方的婚姻权利和名誉的侵害。[2]有时也视为对女子的尊亲属的名誉的侵害，进而也视其为对公共秩序稳定的侵害。是以欧美从古至今均立法条惩治之。

早在古代雅典，"被羞辱的丈夫杀死奸夫"被视为一种习惯的权利。国家也有相应惩处。有人记载：一位丈夫将偷汉的妻子与奸夫当场抓住，准备杀奸但又放弃了。他说："我不想杀你，国法岂

---

[1] 《唐律疏议·名例一》和《唐律疏议·杂律》。

[2] 从各国刑法均将通奸罪置于"破坏婚姻家庭"章，并仅将告诉权赋予无过错配偶一方即可看出此种定性。

能容你!”这说明当时法律对奸夫有严惩。非但奸夫，奸妇也不例外，按古希腊塞姆地方的习惯，“淫妇被人拖到集市，放在一块石头上示众；然后逼着她骑上驴在城里游街……从此以后，她就永远背上了‘骑驴人’这个耻辱的称号”。[1] 古罗马时代，法律特别严惩通奸。古罗马帝政时代曾有“反通奸的优里亚法”，规定通奸之妻应处流刑，为公诉罪，任何公民有权起诉；丈夫有权杀死奸夫淫妇、犯奸妇女的父亲也有权杀死犯奸男女。帝政后期，通奸之妻按杀父之刑处罚，处死刑或终生囚禁。与此相关，丈夫重婚者亦处死刑。[2] 按古罗马早期的习惯法，“妻子如果犯通奸饮酒罪，家族会议将对她处以死刑，而且丈夫应出席会议。”“如果你当场逮住妻子与人通奸，可以不经审讯，随意将她处死。”[3]

《圣经》规定了同样严厉的惩治通奸之法：“若遇见有人与有夫妇女行淫，就要将奸夫淫妇一并治死。这样，就把那恶从以色列中除掉。”[4] 这亦是中世纪欧洲教会法和习惯法的一般情形。在中世纪欧洲，“法律到处承认有权杀死与人通奸的妻子和当场被捉的奸夫。法律有时强行规定这项义务，否则影响你的声誉；（法律）又将处死女子的权利留给她自己的家系（族）。”以迫令奸夫淫妇裸体游街示众的方式制裁通奸，是中世纪领主法和习惯法的一般规定，如13世纪中欧的阿让城的《规定与习惯法汇编》（《市政书》）还配以插图宣传这种刑法。[5]

---

〔1〕［德］利奇德著，杜之等译：《古希腊风化史》，辽宁教育出版社2000年版，第66页、第67页。

〔2〕冯卓慧：《罗马私法进化论》，陕西人民出版社1992年版，第108页；周枏：《罗马法原论》上册，商务印书馆1994年版，第182～183页。

〔3〕［德］奥托·基弗著，姜瑞璋译：《古罗马风化史》，辽宁教育出版社2000年版，第30页、第32页。

〔4〕《圣经·申命记》第二十二章。

〔5〕［法］安德列·比尔基埃等著，袁树仁等译：《家庭史》第1卷，三联书店1998年版，第630页。

到近代欧洲大陆，通奸罪名仍旧，不过刑罚减轻。1810 年《法国刑法典》第 336 – 339 条规定："妻通奸处 3 个月至 2 年徒刑，夫通奸（仅在自家内）处 100 法郎至 2 000 法郎罚金。"并只以无过错一方配偶为受害人、享有告诉权。甚至还规定："夫在家内将通奸之妻子和奸夫捉获即时予以故杀时，其故杀罪应予宥恕。"这与古罗马法之规定极为一致。1994 年《法国刑法典》第 222 – 27 条规定："强奸以外的性侵犯罪，处 5 年监禁并科 50 万法郎罚金，其中主要指通奸行为。"〔1〕1871 年《德国刑法典》第 172 条亦有惩治通奸之条，不过到 1975 年修正时已取消。〔2〕《意大利刑法》（1968 年）第 560 条不仅规定了通奸罪，还特别规定了丈夫蓄妾罪。其第 587 条甚至规定："于其配偶、女儿、姊妹为非婚奸淫之际，为维护自己或家庭名誉，当场激于义愤杀死行淫男女者，减轻刑罚为 3 年至 7 年徒刑；而同法规定的其他杀人罪为 20 年徒刑。"〔3〕这又有古罗马优里亚法之遗风。《西班牙刑法》（1971 年）专有"通奸罪"一章，规定极为详细。通奸男女均处短期徒刑（6 个月至 6 年）。〔4〕

在近代英美法系国家也有关于通奸罪的规定。如 1910 年《美国联邦刑法典》第 516 条规定："任何人犯通奸者，处 3 年以下徒

〔1〕《法国刑法典》（1810 年），载《刑法资料汇编》第 7 辑，中国人民大学出版社 1955 年版，第 60 页、第 58 页；《法国刑法典》（1994 年），中国人民公安大学出版社 1995 年版，第 65 ~ 66 页。

〔2〕《德国刑法典》（1871 年），载《刑法资料汇编》第 7 辑，中国人民大学出版社 1955年版，第 174 页；《德国刑法典》（1976 年），载《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社 1980 年版，第 782 页。

〔3〕《意大利刑法》（1968 年），载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社 1980 年版，第 1662 页、第 1631 页。

〔4〕《西班牙刑法》（1971 年），载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社 1980 年版，第 1811 页。

刑。已婚妇女与未婚男子相奸者，男女双方均构成通奸罪。"[1] 直到今日，美国仍有绝大部分州有通奸罪，刑期最高可达 5 年；[2] 已婚男子与未婚妇女相奸者，男子犯通奸罪。《加拿大刑法》（1971 年）第 154 条规定的船舶职员奸淫船上女客之罪近乎通奸罪，但已无正式通奸罪名。[3]

在前东欧社会主义国家刑法中，有些也规定了通奸罪，如前《罗马尼亚刑法》第 304 条规定：已婚者实施非婚姻范围之性交者，处 1 个月至 6 个月监禁。[4] 这显然也是欧洲旧法传统影响的结果。

欧美法关于通奸问题的规定与中国传统法极似。秦律有"夫为寄豭，杀之无罪"，惩罚通奸。[5] 汉律重惩通奸，罪至弃市（死刑）。[6]《唐律》规定一般"和奸"徒 2 年，贱民奸良民者加罪一等。它还规定，因奸罪而名誉受害的家庭的成员均有权捕捉奸夫淫妇送官，其拒捕而杀之者免刑或减轻处罚。[7] 元律规定，通奸者，允许"诸人首捉到官"，即允许"四邻觉举"。[8] 元律关于捉奸、杀奸的规定十分特殊。它规定，诸妻妾与人奸，本夫于奸所杀其奸夫及其妻妾，并不坐。但若于奸所杀其奸夫而妻妾获免，杀其妻妾

---

〔1〕《美国联邦刑法典》（1910 年），载《刑法资料汇编》第 7 辑，中国人民大学出版社 1955 年版，第 341 页。

〔2〕储槐植：《美国刑法》，北京大学出版社 1995 年版，第 252 页

〔3〕《加拿大刑法》（1971 年），载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社 1980 年版，第 2200 页。

〔4〕《罗马尼亚社会主义共和国刑法典》，第 93 页。

〔5〕《史记·秦始皇本纪》。

〔6〕如汉武帝时，安平侯谔但因与淮南王的女儿刘陵通奸，被处"弃市，国除"。《史记》卷一八。

〔7〕《唐律疏议·杂律上》和《唐律疏议·捕亡》。如在亲属间通奸的情形下，"被奸家人及所亲，但是旁人，皆得捕系以送官"，但在一般通奸犯罪情形下，任何人只能"言请官司，不得辄加捕系"（《捕亡》）。

〔8〕《元典章》卷四五、《刑部》七、《纵奸》。

而奸夫获免者，杖一百七。[1]这种规定实际上是说要求“杀奸必杀双”。直到1935年《中华民国刑法》，通奸者仍处1年以下徒刑；受害配偶当场激于义愤而杀奸夫淫妇者可按第273条处7年以下徒刑（比一般杀人罪大为减轻）。并且规定受害配偶告诉乃论。国民党刑法的通奸罪等条文，我们从法制史教科书常斥其为封建性条款。当我们看到当代西方的通奸罪法条后，方知此种简单否定不一定恰当。

（三）关于无夫奸、私奸、诱奸

与无夫妇女行奸，欧洲伦理和法律一直视为罪恶。它主要被当作一种对无夫妇女的节操及其亲属名誉的损害，故其告诉权一般仅赋予妇女的近亲属（特别是尊亲属）。

在古希腊，“无辜的未婚女子若是受到别人的勾引，她所受到的惩罚就可能很严厉”，人们将她与一匹马一起关在一间屋子里，让饿马咬死她或让她饿死。[2]在罗马法中，早有惩罚无夫妇女犯奸的规定，如公元542年查士丁尼新敕规定：“女性卑亲属行为放荡，不愿结婚者，应剥夺其对尊亲属的继承权。”[3]这是民事方面的惩罚，可能还有刑事方面的制裁。《圣经》和基督教会法也反对无夫奸，“人若引诱没有受聘的处女，与她行淫”，处罚是：要么交出聘礼正式娶她为妻，要么（在女子的父亲不同意时）向女家交出相当于处女聘礼的金钱作为赔偿或罚金。[4]男子若是奸淫已经许配他人的女子，如在城里奸淫而女子无反抗迹象（如没有呼叫），则将男女一起用石头打死；如是在田野奸淫，则假定女子即使呼叫也无人听见，那么“只要将那男子治死，不可办那女子”。若有人

〔1〕《元史·刑法志》之二、《刑律·奸非》。

〔2〕［德］利奇德著，杜之等译：《古希腊风化史》，辽宁教育出版社2000年版，第66页。

〔3〕周枏：《罗马法原论》下册，商务印书馆1994年版，第487～488页。

〔4〕《圣经·出埃及记》第二十二章。

控告新婚妻子婚前已非处女，而“女子没有贞洁的凭据，就要将女子带到她父亲的家门口，本城的人要用石头将她打死。”[1] 依教会法，与未婚妇女奸淫者即属“私奸”，应受惩罚。“教会对失身的姑娘要处罚，罚她头发里编进一根草辫，站在教堂前的台阶上。而勾引她的男子必须连续3个星期日身披草衣到教堂来，并且用独轮车推上他的情人在附近兜一圈，人们还可以拿脏东西扔他们俩。”在中世纪欧洲一些国家，“当局一再颁布惩治农村中奸污少女、腐化和通奸的法令。”[2]

在近现代欧美国家刑法中，实际上仍保留了无夫奸之罪条。就大陆法系国家看，如1871年《德国刑法典》第182条规定：“引诱未满16岁的处女通奸者，处1年以下轻惩役，并须被害人之父母或监护人告诉乃论。”[3]《意大利刑法》（1968年）第587条关于在女儿、姊妹行奸之时激愤而杀奸淫男女者可减轻处罚规定，包含有惩罚“无夫奸”之意。该法第522条规定：“意图结婚，以强暴、胁迫或诈术，诱拐或留置未婚妇女者，处1年以上3年以下徒刑。”第526条规定：“以婚约引诱未成年妇女或与之性交者处3个月以上2年以下徒刑。”这两条主要就是惩罚“无夫奸”，因为前者只问对未婚妇女诱拐之罪，应当包括奸淫情形；而后者所指未成年妇女是18岁以下（奸淫14岁以下幼女另有罪名）。[4]《西班牙刑法》（1971年）第436条规定：“以欺骗之方式，奸淫年满16岁而未满

---

〔1〕《圣经·申命记》第二十二章。

〔2〕[德] 爱德华·傅克斯著，侯焕闳译：《欧洲风化史》（文艺复兴时代），辽宁教育出版社2000年版，第203页、第297页。

〔3〕《德国刑法典》，载《刑法资料汇编》第7辑，中国人民大学出版社1955年版，第179页。同法第176条规定奸淫14岁以下者为奸淫幼女罪。

〔4〕《意大利刑法》（1968年），载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1631页、第1611页、第1612页。

21岁之女子，应处长期监禁。”[1] 此即“诱奸罪”，主要就是惩治中国古法所谓“无夫奸”之罪。《瑞士刑法》第196条亦规定：“诱奸16岁以上未满18岁少女，处轻惩役（3年以下），须亲属告诉乃论。”[2] 这显然也指无夫奸情形。

英美法系国家亦然。1910年《美国联邦刑法典》第518条规定：“未婚男女和奸者，各处1万元以下罚金或6个月以下徒刑。”[3] 这是典型的“无夫奸”之法条。《加拿大刑法典》（1971年）第153条规定，男子非法奸淫未满21岁的贞洁女子（限有雇佣或管理指导关系之情形）及女侍者为公诉罪，处2年徒刑，此中当然包括惩罚“无夫奸”。[4] 特别值得注意的是，现代美国仍有“私奸罪”。所谓私奸，依教会法传统，只要女子未婚而奸即成私奸，但现代普通法则认为奸淫双方均未婚而奸才算私奸，有一方已婚则是通奸。据1983年统计，在美国仍有16个州的刑法定有此种“私奸罪”或“非婚同居罪”。[5] 这乃是中国古法所谓典型的“无夫奸”。

前东欧社会主义国家法实际上也有惩罚无夫奸者，如前《罗马尼亚刑法》第304条处罚“已婚者实施非婚姻范围之性交者”之规定，显然包括已婚男子与未婚妇女、无夫妇女奸淫之情形。该法第199条关于“以婚相许引诱18岁以下女子与之性交”之罚则，[6]

---

〔1〕《西班牙刑法》(1971年)，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1806页

〔2〕《瑞士联邦刑法》(1971年)，载《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社1980年版，第1089页。

〔3〕《美国刑法典》，载《刑法资料汇编》第7辑，中国人民大学出版社1955年版，第342页。

〔4〕《加拿大刑法》(1971年)，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第2200页。

〔5〕储槐植：《美国刑法》，北京大学出版社1995年版，第252页。

〔6〕《罗马尼亚社会主义共和国刑法典》，第65页、第93页。

显然也包括中国古法所谓“无夫奸”之大部分情形。

与无夫奸有关，欧洲法传统中另一个重要的惯例法极值得注意。此惯例法是我们中国人最熟悉的，即犯“无夫奸”罪的男子，若娶相奸之无夫妇女为妻，即可免予处罚。《圣经》规定，奸淫尚未许配人的女子之人就可以选择娶她为妻的方式了结。[1]这一传统影响深远。如1810年《法国刑法典》第357条规定：“拐诱16岁至21岁女子者处2年至5年拘役，但诱拐人与被诱女子结婚者，只有在依民法应撤销而且已撤销婚姻的情况下才追究刑责，否则不罚。”[2]1871年《德国刑法典》第238条规定：“意图奸淫或结婚而诱拐未婚之未成年妇女者处轻惩役，但诱拐人与被诱拐人结婚者免刑责。”1976年《德国刑法典》第182条更明确规定：“诱奸未满16岁之少女，处1年以下自由刑并罚金，但须告诉乃论。犯罪人与被奸少女结婚者不得告诉。”[3]1910年《美国联邦刑法典》第459条规定：“船上职员于航行中诱奸女乘客者处1 000元以下罚金或1年以下徒刑，但事后结婚者，得请求为不罚的判决。”[4]1961年《挪威刑法典》也规定：“诱奸猥亵无夫妇女、未成年或弱智妇女者处有期徒刑，但事后与之结婚者不罚。”[5]1971年《瑞士联邦

---

〔1〕《圣经·申命记》第二十二章：“若有男子遇见没有许配人的处女，抓住与她行淫，被人看见，这男子就要拿50舍客勒银子给女子的父亲，因他玷污了这女子，就要娶她为妻，终身不可休弃她。”

〔2〕《法国刑法典》（1810年），载《刑法资料汇编》第7辑，中国人民大学出版社1955年版，第63页。

〔3〕《德国刑法典》（1871年），载《刑法资料汇编》第7辑，中国人民大学出版社1955年版，第196页；《德国刑法典》（1976年），载《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社1980年版，第789页。

〔4〕《美国刑法典》（1910年），载《刑法资料汇编》第7辑，中国人民大学出版社1955年版，第332页。

〔5〕Norwegian Penal Code, Fred B Rothman & Co., New York University, 1961, p.81 (section 214).

刑法》第183条也规定："和诱妇女之罪犯如与被诱妇女结婚者，除因该妇女请求而宣告结婚无效外，即丧失告诉权。"[1]

这当然不只是资本主义的法条，社会主义刑法也有。如前东欧社会主义国家罗马尼亚、保加利亚、波兰等均有此类规定。其中罗马尼亚最详。前《罗马尼亚刑法典》第199条规定："以婚相许诱奸18岁以下女子者，调解和好的，免除刑事责任。"这当然包括以结婚的方式和好。该法第197条又规定："强奸、奸淫（或共同奸淫）未满14岁女子者，如在判决生效前犯罪分子与被害人结婚者（包括共犯中一人与之结婚），免除刑事责任（其他共犯亦免责）。"[2] 前《保加利亚刑法典》第177条也规定："奸淫猥亵14岁以上但不懂性交之意义后果的女子、14岁以下的未成年男女，或以奸淫为目的拐走妇女，若犯罪人事后同受害者结婚的，不予处罚。"[3] 资本主义法和社会主义法在此处出奇地一致，这大概只有从民族文化传统上去追溯源头了。

欧洲刑法在无夫奸问题上与中国传统法的惊人相似的确让人想像不到。晋《泰始律》规定"淫寡女，三岁刑"；[4] 北魏时法律，"凡奸罪止徒坐"，[5] 包括无夫奸。《唐律》规定，无夫妇女"和奸者，男女各徒1年半；有夫者徒2年"。而有捕捉犯奸男女并向官府告诉之权者，为"被奸家人及所亲"。[6] 直到《大清新刑律》附则五条，仍规定无夫妇女犯奸者处5年等有期徒刑，"其相奸者亦同"，即相奸男子同罪。并规定此罪只有直系尊亲属告诉乃论，"若

[1] 《瑞士联邦刑法》（1971年），载《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社1980年版，第1085页。

[2] 《罗马尼亚社会主义共和国刑法典》，第64~65页。

[3] 《保加利亚人民共和国刑法典》，法律出版社1956年版，第48页。

[4] 《晋书·刑法志》。

[5] 《魏书·刑罚志》。

[6] 《唐律疏议·杂律上》及《唐律疏议·捕亡上》。

尊亲属事前纵容或事后得利私行和解者，虽告诉不为审理”。[1] 这显然包括事后结婚者免罚之可能。北洋政府《中华民国暂行新刑律》补充条例完全保留此条。从汉唐至民国初，无夫奸都被视为犯罪，都规定告诉权归于无夫妇女的近亲属，事后结婚者即不加处罚。这虽未见写进成文法，但一直是公认的习惯法。甚至在我国少数民族地区亦有此法，如在突厥，“奸人女者，重责财物，即以女妻之”。[2] 甚至在早已没有“无夫奸”罪的今天，被奸女子的家长逼迫犯奸男子娶其女（否则告以强奸）者比比皆是。我们过去总认为这是中国最独特的“失节事大”、“从一而终”、“保全贞节”、“不嫁二夫”之类封建伦常的法律化，未料欧洲古今法竟如此惊人地与中国暗合。[3]

二、中西法的相同宗旨及某些差异

中西法律传统在“和奸罪”问题上如此大面积地暗合，特别是今天的欧美还有如此多的惩治“通奸”、“亲属相奸”、“无夫奸”、“私奸”、“诱奸”、“非婚同居”的法律规范，这是我们许多人从前意料不到的。我们从前老是本着某种先入为主的偏见，认为“性开放”的欧美应该早就彻底废除了类似的罪名，认为我国的法律因受传统伦理的影响在这方面总要比西方保守。事实证明我们错了，我们对西方的法律传统了解太浅了。我们对西方法律传统的这种浅见或偏见，正是沈家本以来对西方法律传统“武断的误解”的继续。

中西法律传统在和奸罪方面有前述种种不谋而合；在这些不谋而合的背后，也还有一些内在差异。两大法律传统在鸦片战争以前的数千年里，一直是“老死不相往来”地独立成长着，但是，竟然

〔1〕《大清新刑律分则补笺》附录“附则五条”，清宣统三年政友社印行。

〔2〕《册府元龟》卷九五九，外臣部。

〔3〕甚至现代约旦法律仍有此类规定：强奸者如果娶受害人为妻，就可以免予处罚。参见《约旦时报》1999年9月10日，转引自《武汉晨报》1999年9月12日第7版。

如此“英雄所见略同”地做出如此多的共同选择，这是需要我们认真地探究原由的。两者为什么会不谋而合？在不谋而合背后为什么又会有明显的特色或差异？我们且作一个初浅的分析。

（一）关于亲属相奸

亲属相奸（包括强奸、和奸、猥亵）为什么要单立罪名，为何要比常人相奸加重处罚？在这一点上中西法律不谋而合的原因，简单地说，大致有以下几点。也就是说，双方不约而同地关注的可能是以下几个共同理由，在同样性质的文明生活中无法回避。

1. 亲属相奸侵犯了人类最基本、最起码的伦理，近于禽兽，故应重惩；因为其犯罪恶性远较一般奸罪为重。中西在这一方面的共识应是无须多说的，因为这是人类文明进化的标志，是任何文明的民族都无可逃避的法则。在血亲间如此，在姻亲和拟制血亲间也是如此。重惩血亲相奸，固然是出于文明的人类所认识的自然伦理（高等动物亦开始回避血亲相奸），这自不必说。法律同时也重惩姻亲和收养亲属（拟制血亲）间相奸，则是出于典型的社会伦理了。此乃通过比拟产生的禁忌，逐渐形成了与血亲相奸一样的禁条。这当然是文明层次稍高的人类才有的（有些野蛮状态的民族就没有此忌）。这些伦理认识，很早以前就非常明确。西汉宣帝时，有美阳女子告其假子（养子）不孝，“儿常妒笞我，以我为妻”。县令王尊认为：“律无妻母之法，此非人类所为。”遂将此儿吊在树上，令骑吏五人张弓射杀之。[1]《唐律疏议》说“若有禽兽其行，朋淫于家，紊乱礼经，是谓内乱”，是将亲属相奸的行为定性为不齿于人类的行径。中国自北齐律开始，即设“重罪十条”，以“内乱”为不可饶恕的十大重罪之一，处以极重之刑，正是此种认识的结果。这与《圣经》规定用火烧、用石头砸死等酷刑处置乱伦者一样。《圣经》的作者们正是认为亲属相奸罪孽太深太重，只有用火烧死

[1] 《汉书·王尊传》。

奸夫淫妇才能消除罪孽。

2. 客观上讲，亲属相奸的危害后果比一般奸罪更加严重。首先是近亲相奸或结婚可能造成人种的退化，“单是从自然关系的方面来看，属于同族动物之间交配而产生的小动物比较弱”。[1] 造成社会包袱。其次是从伦理而言，危害后果也许更严重：亲属相奸所生子女（这些无辜的生命）的身份地位，是人类进入文明社会以来最困惑各个文明民族的共同问题之一。《明律》规定：“异姓奸生男女，责付奸夫收养；惟同宗奸生者，不得混人宗谱听令随便安插。”[2] 这种奸生子女与其他亲属间的亲属关系种类、亲等是无法依伦常确定的，故须排除于家族之外，受非人般的歧视。这种情形，对奸生子女本人是最大的不幸（所以日本影片《华丽家族》的男主人公最后只有自杀解脱）；对因一时冲动而不顾严重后果的犯奸者来说，亦有终生恶名；对强奸情形下的受害亲属来说，更要受身心、名誉多重损害，终身受辱。

3. 亲属相奸是对人心风俗的最严重的腐蚀剂之一。此种丑闻出现不同于别的奸罪，最惊骇人心，原因是人们都觉得不可思议、不可容忍。黑格尔云：“血亲通婚为羞耻之心所不容”，[3] 则血亲相奸（苟合）更为羞耻心所不容。一般说来，犯罪的社会危害性相当程度上取决于社会大众的评价。因为大众评价都认为亲属相奸伤天害理，民愤极大，故这种犯罪当然应当特别严惩。当然，古代动辄处以极刑是过分了些，但处以比一般强奸、通奸更重之刑则是完全合理的。因此，对亲属相奸，中外均不约而同地定为公诉罪，这是值得注意的。欧美法于通奸、诱奸、无夫奸均有关于谁是告诉权

〔1〕［德］黑格尔著，范扬、张企泰译：《法哲学原理》，商务印书馆1961年版，第184页。

〔2〕薛允升：《唐明律合编》卷二六，“亲属相奸”条引明律笺释。

〔3〕［德］黑格尔著，范扬、张企泰译：《法哲学原理》，商务印书馆1961年版，第184页。

人及不告不理的规定，但关于亲属相奸从未有此规定，实即以其为公诉罪，谁都可以告发，由国家公诉。中国古法亦然。唐律“和奸罪”只有“被奸家人及所亲”有权捕告；但对于亲属相奸之罪，“虽傍人皆得捕系，以送官司”，[1] 这实际上是以此为公诉罪。这也是中西亲属相奸法的最大共同点之一。这都出于对亲属相奸之罪严重性的高度共识。若不对此种惊骇人心风俗的犯罪加重惩处，无疑是在鼓励人们挑战、违背人类社会最基本的伦理准则和文明准则，无疑是在奖励罪犯（若以轻刑待重罪，不合罪刑相适应原则），无疑将导致社会道德水平的下降。在这一点上的认识，中西法传统是一致的，前文列举的法条都说明了这种共识。

不过在这一方面我们也应注意到欧美法与中国旧法的差异。

最主要的差异之一是：中国旧法中，关于亲属相奸之罪责轻重规定，有亲等的差异；欧美法没有这种差异。比如《唐律》规定的亲属相奸罪，从轻到重三个等次。最轻一等是“奸缌麻以上亲及缌麻以上亲之妻、妻前夫之女、同母异父姊妹”，和奸者徒3年，强奸者流二千里，稍重一等次的是“奸从祖祖母姑、从祖伯叔母姑、从父姊妹、从母及兄弟妻、兄弟子妻”，和奸流二千里，强奸者绞。最重一等次是“奸父祖妾（谓曾经有父祖子者）、伯叔母、姑、姊妹、子孙之妇、兄弟之女者”，和奸强奸均处绞。[2] 当然还有超重的一个层次，就是圣人所不忍言、律所不忍书了，处以任何酷极之死刑都不在话下，此即所谓“悬首造狱”（法官临案立特异之酷法）。[3] 在所有上述三种情形中，凡属和奸，妇女与男子同罪，强奸者妇女无罪。这种根据亲等远近确定罪刑等差，欧美法是没有

〔1〕《唐律疏议》。

〔2〕明清律增加“奸同宗无服亲及亲之妻（杖一百）”为最低层次，故变为四个层次，并加重各层次刑罚：奸缌麻以上亲强奸者斩；奸从祖母姑等，和者绞，强者斩；奸父祖妾等一律斩。

〔3〕［清］汪士铎：《南北朝刑法志》之三《梁》。

的。在欧美法中，只要在法定的亲属范围之内，均一样构成亲属相奸罪，不再按亲等远近有刑罚加重或减轻（在司法实践中，他们也可能会按亲等远近在法定量刑幅度内加重或减轻）。不过，我们注意到，虽然没有亲等远近的刑差，但欧美法关于亲属相奸之禁惩的亲属范围是很大的，如1871年《德国刑法典》规定的亲属范围为：直系尊卑血亲和姻亲、兄弟姐妹及其配偶、养父母子女。[1] 1975年《法国刑法典》规定的亲属范围在四亲等以内的血亲姻亲，[2] 在此范围内亲属相奸均构成比一般通奸更重之罪。这一范围，因包括自己和配偶的伯叔祖父母、堂（表）兄弟姊妹及其配偶、侄孙子女及其配偶，故大大超出了中国传统的“五服图”的“缌麻”亲属范围。

另一个重要差异是：中国旧法在亲属相奸方面似无尊卑刑差，而欧美则特重尊亲属奸卑亲属之刑罚。在唐、明、清各律“亲属相奸”条款中，均把差不多同亲等的尊卑亲属分别列在三个或四个层次里平等论罪，没有尊亲属奸卑亲属加重处罚，或卑亲属奸尊亲属加重之类的规定。这对于中国法律惯于区分尊卑上下的传统来说似乎是一个例外。这是为什么呢？这可能是因为亲属相奸已经悖逆了人类最基本、最起码的伦理，在这里再讲究尊卑差异是没有必要的（至少在和奸情形里是如此）。法律讲尊卑刑罚差异目的何在？是为了保护尊亲属的伦理尊严和权威。既然他已经败坏到禽兽不如的地步，保护其权威有何意义？这时保护其权威无异于助纣为虐。尊长的权威决不包括性支配的内容。此时若像其他亲属相犯的情形一样规定尊长奸淫卑幼减轻处刑，那就伤天害理。因此，尊长奸淫卑幼

[1] 《德国刑法典》（1871年）第173条。参见《世界著名法典选编·刑法卷》，中国民主法制出版社1998年版，第357页。

[2] 《法国刑法典》（1975年），《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1218～1219页。

不但没有减轻刑罚的理由，反而有加重刑罚的理由：尊长本来应负更重的义务维持亲属间伦常，若反而违背之，恶性更重，当然应处以更重之刑。本来，卑幼强奸尊亲属时，或许理当加重法定刑，但由于法定本刑都重至绞斩极刑（明清律规定第二层次以上强奸亲属者均处斩刑，重到极点），无可再加重。故干脆尊卑相犯刑罚一致。欧美刑法里的规定与此有异，特重尊亲属奸卑亲属之刑。与此比较，卑亲属奸尊亲属及同辈亲属间相奸（包括强奸）时的法定刑，似乎（比尊奸卑时的刑罚）轻一些，但仍重于常人之间的同类奸罪之刑。例如，1871 年《德国刑法典》第 173 条规定："血亲之间，尊亲属与卑亲属奸者，尊亲属处 5 年以下重惩役，卑亲属处 2 年以下轻惩役。姻亲之间仅尊卑相奸才构成犯罪，同辈姻亲不构成犯罪。相奸的血亲姻亲卑亲属未满 18 岁者不罚。"[1] 法国刑法关于亲属相奸，似乎只格外加重处罚尊亲属对卑亲属、监护人对被监护人（特别是尊亲属和监护人对未成年子孙和被监护人）的奸罪（强奸、和奸、猥亵）。[2] 至于卑亲属对尊亲属、同辈亲属之间的强奸犯罪及强奸以外的性侵犯罪（诱奸、通奸、猥亵等），法律似乎视为与常人间犯此罪同重，未立专条。意大利把同辈亲属（如兄弟姐妹）乱伦列为专条加以处罚，与法国一样也特别强调尊亲属奸卑亲属者应加重处罚，如规定成年亲属与未成年亲属相奸者，尊亲属加重其刑；尊亲属或监护人奸 16 岁以下卑亲属或未成年人者，加重其刑。[3]《西班牙刑法》第 452－7 条亦规定："尊亲属、监护人、教师等对卑幼、被监护人、学生等犯强奸、诱奸、通奸、猥亵等

---

〔1〕《德国刑法典》（1871 年），载《刑法资料汇编》第 7 辑，中国人民大学出版社 1955 年版，第 174 页。

〔2〕《法国刑法典》（1994 年），中国人民公安大学出版社 1995 年版，第 65～66 页、第 99～100 页。

〔3〕《意大利刑法》（1968 年）第九章的相关规定。参见《世界著名法典选编·刑法卷》，中国民主法制出版社 1998 年版，第 549～550 页。

罪，均应处以各该刑之最高等。”[1]欧陆刑法这种重尊者罪的规定反映了特别重视保护卑幼、未成年人权益的立法意图，中国古法却未作此种选择（至少在前述四个层次中的一二两个较远亲属层次里，尚可能加重尊亲属对未成年卑幼犯奸者之刑罚，但历朝法典并未那样做）。这表明中国古代法对卑幼或未成年人权益不重视。不过，美国、加拿大等英美法系国家刑法似未强调尊亲属犯奸者或尊亲属对未成年亲属犯奸者加重处罚，而只是在三亲等以内尊卑一体论罪（当然，构成奸幼女罪者除外），这大概把轻重权都交给法官了。

（二）关于通奸

通奸罪可能是人类一夫一妻制形成以来各时代各国家各民族最不敢忽视的罪名之一。恩格斯戏称通奸为“一夫一妻制的经常伴侣”，[2]极为准确。只要一夫一妻婚姻还不能保证在所有的场合都是男女之间爱情的结合，则通奸行为的存在是难免的。既有危害一夫一妻制的通奸行为存在，法律和习惯法不加阻止和处罚也是不可能的。因为通奸的蔓延威胁着人类婚姻制度（进而社会生活秩序）的基础。所以，中国旧法和欧美法在这个问题上的不约而同是必然的，立法理由也基本上是一致的。欧洲、美洲国家近几十年一直有废除通奸罪之呼声（理由是通奸罪法条苛待妇女、优待男人），但据说反对的呼声更高，且反对废除者主要是妇女。所以，直到今日，欧美各国仍保留了通奸罪。即使在“性解放”运动最强烈的美国，尚有27个州有通奸罪。[3]欧洲大陆更不必说，各国刑法中均有通奸罪专条。诚然，欧洲近代法有一段时间关于通奸罪有过男女

〔1〕《西班牙刑法》（1971年），载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1914页。

〔2〕恩格斯：“家庭、私有制和国家起源”，载《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1972年版，第67～68页。

〔3〕储槐植：《美国刑法》，北京大学出版社1995年版，第252页。

不平等之规定，例如，1810年《法国刑法典》重责妇女轻责男子(见前引)。不过这种情形现已根本改变，现在的欧美法通奸罪条是相当体现男女平等的，一般均是男女同罪。非但如此，近代欧美法还有重责男子、保护妇女的倾向。如意大利刑法在通奸之外特别惩处丈夫蓄妾罪；美国刑法规定已婚男子与未婚妇女通奸者，仅男子构成通奸罪，女子不罚。人们谴责通奸罪法条的理由已经不存在了。

在传统中国社会里，通奸罪法条虽然没有歧视妇女的直接规定，但由于男子有纳妾、宿妓之便，通奸罪条在实际适用中对妇女是有不平等的。通奸罪的法条，多以授予丈夫惩罚奸夫淫妇的权利为特征。不过，妇女控告丈夫通奸的权利还是刻意保护了的。如妻告夫，视为“不睦”，为“十恶”之一，视为“干名犯义”，但如丈夫犯奸对妻不忠时，则妻有权告发。[1] 通过近代法制变革，中国刑法与欧美完全接轨了：在将通奸罪告诉权主要赋予无过错配偶一方；若该方事前纵容、事后得利或明确表示宽恕者不得告诉；若该方自己也曾有非法同居事实者则不得告诉等等规定方面，中西已无明显差别。诚然，废除通奸罪的呼声，早在30年代南京政府时期即已出现。据说当时新旧两派在立法院里为通奸罪存废吵得不可开交，南京某大学报报道此次论战战况时用了一个很有趣味的大标题：“部分立法委员为争取通奸权而奋斗！”令人哑然失笑。的确，废除通奸罪实际上是给了人们通奸而不受刑罚之权。这主要是谁的权利？古今事实均表明，这主要只能是男人们的权利。[2] 在通奸问题上妇女绝大多数是被动的。这一“权利”，“性解放”如欧美之

[1] 据《大清律·刑律·诉讼》“干名犯义”条律内纂注，妻告夫犯奸不在干名犯义之内。

[2] 恩格斯戏称阶级社会里的婚姻实质是 droit de l'homme（男人的权利），则其“经常伴侣”通奸当然也是“男人的权利”（参见《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1972年版，第77～78页）。

程度者尚未得到，中国男人们得不到是理所当然的。事实上，在男女平等的原则下保留通奸罪法条，其主要作用是限制了男人们的通奸自由；授予了妇女依法控告犯奸丈夫捍卫自己利益的权利。若无此法条，她们就无权告诉，只有坐视权利损害无可奈何。

为惩治通奸，必然要直接或间接鼓励民众捉奸惩奸。在这一点上欧洲与中国的共同之处也令人惊讶。古罗马法和《圣经》直接赋予丈夫、父亲杀奸权；妻子对犯奸丈夫能否有同样的权利？没有。到近代，法国刑法典仍是规定丈夫故杀奸夫淫妇时可以宽恕，妻子故杀犯奸的丈夫呢？法律又回避了。在男权社会里，妇女在法律上是难以得到同等保护的。不过总算有了一些进步，即仅仅是“其故杀罪应予宽恕”，说明只恕其死罪，可能仍要受重惩役等刑罚，否则法律就会干脆规定“不予惩处”等。到了现代，意大利刑法才规定于配偶（不仅仅是“妻子”）、女儿、姊妹犯奸时故杀者减刑，总算肯定了妻子在丈夫犯奸时激于义愤杀之也有获宽恕之权，但是还有男权主义痕迹——为什么只有女儿、姊妹而没有儿子、兄弟？中国的情形更不必说。除了秦始皇时代有“夫为寄豭，杀之无罪”[1]之法曾一度肯定妻有参与杀行奸丈夫之权以外，其他各代法律及司法实践均只肯定丈夫有“杀奸权”。关于妻杀行奸之夫，非但无权，甚至视为故杀或斗杀，罪至绞斩。[2]这种过分保护夫权之律显然有失公平。至于元律规定“杀奸必杀双”则实在悖逆情理：只想杀死奸夫，想留自己的妻妾一条命也不行。若仅规定杀死妻妾放跑了奸夫者杖一百七，多少还有些道理；因为那是对亲人狠对敌人软，当罚。但杀死奸夫而饶恕妻妾为什么不可以？这是我的私事！我还喜欢她！不想失去她！天下最不合情理、最强人所难的法律，莫过于元律此条。在此情形下，“杀奸杀双”不仅仅是丈夫的权利，也

〔1〕《史记·秦始皇本纪》，引《琅琊刻石》。

〔2〕《唐律疏议·斗讼三》，法无明文规定，这里仅是推论。

是他对国家的义务。过分的男权主义法律反过来使男人受害！鉴于中国旧律的上述种种弊端缺失，特别是有鉴于旧时通奸罪律条造成的男女之间严重的不平等，中国新民主主义革命以来干脆彻底废除了通奸罪。其得失如何？有待反省。

（三）关于无夫奸、私奸、诱奸

大约90年前，变法大家沈家本为取消清律中“无夫奸”之罪名而劝说国人：“无夫之妇女犯奸，欧洲法律并无治罪之文……此为外人着眼之处，如必欲增入此层，恐此律必多指摘也。”[1]

事实表明，就这一点而言，沈氏对西律并无深入了解。在当时欧美，法律虽然没有直接叫做“无夫奸”字眼的罪名，但惩治（中国旧律所谓）“无夫奸”的法条一直存在，从未废除。欧律一般规定奸淫14岁以下女子视同强奸，但诱奸14岁以上（或16岁以上）18岁以下（或21岁以下）少女之治罪条文，几乎各国法律均有；教师、保佐人、监护人或其他利用权势之人奸淫21岁以下少女之治罪条文也从未废止过；以奸淫或结婚为目的诱拐18岁（或21岁）以下女子之罪名也一直存在；在美国竟还有直接惩罚未婚男女犯奸的罪名。凡此种种，都是在惩罚“无夫奸”，怎能说“欧洲法律并无治罪之文”？若硬是要说没有，那也只能说欧洲法律没有关于寡妇和离婚后尚未再婚之妇女及已过婚龄而尚未嫁人之妇女犯奸之治罪条文（但美国法律仍有）。不过，那只是“无夫奸”中的一小部分情形。法律惩罚“无夫奸”显然不是主要冲着此类情形而来的。因为寡妇和离婚者既曾嫁人，已非童贞女，复因无夫，其犯奸被看得较轻，事实上常常不被追究；而已过婚龄（中国古代一般18岁至20岁）尚未嫁者犯奸，其情形极少，因为这种人本来就少（在传统社会尤其如此）。所以可以肯定，中国旧律设“无夫奸”之罪名，主要在于防止12岁以上（大清律规定奸12岁以下少女虽和

---

〔1〕沈家本：《寄簃文存》二编卷下，《书劳提学新刑律草案说帖后》。

同强论）20岁以下未婚少女犯奸淫丧失贞操，也防止有不轨男子利用这些未成年少女的天真无知轻信而诱奸之旨。这一立法意图，也正是我在前面所列举的欧美法律所表现出的明确意图。这正说明了中国古代刑律和欧美近现代刑律在此一问题上的内在一致。因为谁也不能否认，这一部分未成年妇女确需特别的保护。保护她们的名节，防止恶徒乘虚而入，或许是保护社会良好道德风俗的重要环节之一。

有了这类惩治诱奸、无夫奸的法律条款，未婚妇女权益的保护更加便利。在被奸少女及其亲属发觉上当受骗或自认为受害时，他们就有了据以保护自己权益的法律根据，否则只能吃“哑巴亏”，白白受害。他们可以依据这类条款到法庭控告，也可以据此迫使犯奸男子通过其他途径承担法律责任。此时，主动权操诸受害人及其家属之手。当然，有人会说，这种法不是严重妨碍了未婚男女的恋爱自由么？这不用我们着急，中国古代法律、习惯和欧美近现代法律早就不谋而合地找到了解决之道：犯罪人与受害人结婚者免罚，受害人与犯罪人结婚者丧失告诉权。

事实上，中国传统道德也并不特别谴责以结婚为目的的未婚男女偷情之事；官吏在断案时常对此种犯奸案法外开恩，有意成全这些未婚男女。如宋人马光祖为县令时，有书生夜里逾墙与邻家处女幽会被捉，他不但不处其刑，反而公堂做媒，成全此婚姻。清人郑板桥为县令时审理过一对和尚尼姑犯奸案，也法外开恩，判令二人还俗结为夫妇。这种判决在中国古代甚多，被传为佳话。[1] 此种中国式“法官立法”与欧美“犯奸者事后结婚则不罚”的规定不是内在一致么？避免了用刑、保全了名节、成全了婚姻，这应是法律的最大效益。看来近现代欧美和中国古代都在不约而同地追求这种

〔1〕 佚名者编著：《三朝野史》。另参见拙著：《情理法与中国人——中国传统法律文化探微》，中国人民大学出版社1992年版，第237页。

效益。

若更进一步思考中西法律的这种共同选择，我们会明白这不仅仅是保全名节、追求法律效益的选择，还应有一个更大的共同用意：体现了当事人的意思自治，或曰体现了当事人（至少受害人）的自由选择。这就是权利，这是法律的灵魂。对受害方而言，你可以告发，也可以私和，也可以结婚，随你自由选择。对加害人而言，你可以接受调解私和，也可以同意（或追求）结婚，也可以不同意结婚而选择受刑罚，这也是你的自由。这种犯奸案件，毕竟只是一种私人侵犯。私犯之案，当然要容忍当事人意思自治。甚至受害方选择不告发不追究任何责任也是他的自由，因为法律本来就规定的是“告诉乃论”。近日从报上看到了一桩美军驻韩国士兵强奸韩国少女案的审理结果，觉得特别值得思考。该案最后以调解达成强奸者与受害人结婚的协议了结，这也许正好体现了东方儒家社会的“贞节观”与欧美法律“意思自治”观念在以权利为宗旨的现代诉讼中不谋而合。因此，从上述分析的几层意思来看，欧美近现代法与中国旧法在此一问题上的暗合正好体现了一点：伦理法理、人情道德，必有“无所逃于天地之间者”，必有大同小异，而不管什么主义什么制度！

三、“和奸罪”与中国法律近代化的失误

自新中国成立以来，我们的法律发生了前所未有的彻底的革命。清末民国时代法律变革难以达到的目标，我们新中国的法律都轻而易举地达到了。我们彻底除去了“亲属相奸”、“通奸”、“无夫奸”之类的捍卫伦理的法条，并把这些规定的废除视为人民反封建的胜利。结果如何呢？我们真的通过这一废除，反掉了在性道德、性观念上的封建主义吗？事实令人尴尬。“包二奶”现象的盛行，“纳妾”的复活，“宿娼”的翻新，在色情“酒吧”、“歌厅”盛行的对未成年女子的性侵犯……这一切都正在威胁着我们社会的基本文明。这一切，难道与我们废除了这三类罪名没有关系吗？这三类罪

名，“性解放”的欧美尚加保留，我们这个昔日特重伦常、今日特重精神文明的大国反而简单地予以取消，难道不值得反省吗？谁能说这些罪名的存在就一定是封建主义毒素？果如此，欧美法律为什么要保留这些封建毒素？

自沈家本以来，国人关于这一问题的认识，就有着在反对封建伦常的同时忽视了人类文明基本秩序和准则的错误。

沈家本认为“亲属相奸”等行为“究为个人过恶，未害及于社会”。认为“无夫奸”问题“当于教育上别筹办法，不必编入刑律之中”。[1] 近百年以后回过头来看，这些认识在当时虽具革命性，但的确失之偏颇。

如果说亲属相奸、无夫奸等仅为个人过恶，未害及社会，那么未尝不可以说吸毒、酗酒、卖淫、嫖娼、赌博等也都是“个人过恶”，都“无害社会”了；因为犯罪分子会说：“我愿意这样做，我自作自受，又未加害于别人，你管不着。”但事实上，欧美刑律、违警律一直在惩治包括亲属相奸、无夫奸、卖淫、赌博等在内的这些“个人过恶”。如果说当以教育方式防阻的恶行就不必编入刑律之中，则刑律上所有轻罪都应当主要以事先教育方式预防之，是不是都不必编入刑律之中了？所以沈氏之观点是站不住脚的。

这且不说，我们仅看看废除“亲属相奸”和“无夫奸”造成的法律漏洞，就知道废除此罪名的利弊得失了。《大清新刑律》规定奸淫12岁以下幼女者以强奸论。至于12岁以上未成年妇女被他人诱奸，或被亲属、监护人、教师、医师、保佐人等利用权势或职业方便诱迫奸淫，《大清新刑律》竟无任何处罚规定；20岁以上成年妇女被上述人等利用权势胁迫奸淫，新刑律也无规定。而这些情形，在当时的欧洲各国法律中都有明确规定。沈氏本人也注意到“俄律污人名节门有14岁以上尚未及岁之女为师保人等及仆役诱奸

[1] 沈家本：《寄簃文存》二编卷下，《书劳提学新刑律草案说帖后》。

一条，违禁嫁娶门有奸占无夫妇女一条"，不知何故不加效法，而非得在新刑律分则中除去任何无夫奸的规定不可？理由何在，今日想来实在不得其解，似乎主要是为了迎合外国人的口味。[1] 难怪后来礼教派执意在新刑律后加上一个"附则五条"，规定"无夫奸"等罪名，而沈氏也无可奈何，他也的确说服不了人们。

依据《大清新刑律》草案，12 岁以上的少女就丧失了性权利方面的特殊法律保障，在当时的社会情况下，就把她们与成年妇女完全一样对待，这公平合理吗？我们今日刑法仍没有诱奸 14 岁以上未成年女子及利用权势或亲属、教养等依赖关系奸淫这些女子的罪名，这同样是假定 14 岁以上未成年女子在性问题上有成年妇女一样的清醒头脑，可全凭一己之力或聪明理智去抵御各种诱迫奸淫者的侵犯。这实际上是把这些尚未心理成熟的女子开放给了所有想利用亲属关系和权势诱迫奸淫她们的恶徒。此种立法，本意也许在于解救妇女逃出重重伦常枷锁，但实际上却更不利于保障妇女的自由和权益。一旦因为一时轻信或经济依赖而被诱迫奸淫，而事后发现是受骗受害想讨回公道时，只能忍气吞声，因为法律不惩罚诱奸和一般利用教养、从属关系的奸淫。况且这种并未使用暴力和明显胁迫的奸淫，要证明为强奸极为困难，司法解释已明确将此种情形排除于强奸之外。[2] 因此，受害的妇女要么"破罐子破摔"继续跟犯罪人维持此种无耻关系，要么被家长所逼干脆嫁给犯罪人以全名节（这又等于把自己作为奖品奖给了犯罪人），要么不声不响躲开犯罪人了事（若犯罪人就是亲属，想躲都易躲不开）。无论哪一

[1] 沈家本说："无夫奸"之条，"此最为外人着眼处，如必欲入此层，恐此律必多指摘也。"《寄簃文存》二编卷下，《书劳提学新刑律草案说帖后》。

[2] 1984 年 4 月 26 日《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于当前办理强奸案件中具体应用法律的若干问题的解答》规定："有教养关系、从属关系和利用职权与妇女发生性行为，不能都视为强奸"，还必须有"进行挟制、迫害，使妇女忍辱屈从、不敢抗拒"等情节才算强奸。

种选择，都客观上鼓励了犯罪，严重损害了受害人的权益。她没有任何向犯罪人讨还公道的法律依据，也只能如此。这三种情形都不会是立法者所追求的。

由于刑法规定的强奸罪刑罚太重（未致死人命者都常被判处死刑），因此，若是把诱奸和利用教养、从属等权势关系的奸淫统统解释为强奸，是不合理的，显然失之过重。由于法律没有诱奸、利用权势奸淫，私奸（无夫奸）之类罪名，致使这类恶行的处理非常难：这些要么故意提升为“强奸罪”受重刑，要么视为无罪完全放纵。这都有失公平。既然没有“强奸以外的性侵犯”之罪名作为强奸罪和无罪之间的过渡，就难免遇到这种两难格局。若是像西方国家那样有关于诱奸、无夫奸、亲属相奸、利用权威奸淫的有关法条，那么受害人及其尊亲属就可以理直气壮地讨回公道了：要么控告你，让你吃官司；要么达成和解，迫使你赔偿一笔钱作为代价，不让你白白占便宜；要么你必须跟我结婚，对我终生负责。并且，我不是非嫁你不可，我嫁你就免了你的牢狱之灾，你得感谢我，终生善待我。于是，加害人也就不再趾高气扬，受害人也就不再只能成为无处可售非得搭配给加害人不可的“货物”了。受害人有了权利保障！西方的诱奸、无夫奸等法条，其立法意旨正在于此。

至于通奸，情形也极相似。法律不定通奸罪名，无异于鼓励通奸。在此种情形下，无过错配偶一方只有三条路可走：要么忍受对方有外遇，或忍气吞声劝说其回心转意；要么大闹一场，离婚算了；要么就采取“报复”——你有情人，我就不能有？于是夫妻比赛堕落。无论哪一种选择，都既有害社会，亦有害家庭，特别有害子女。总之，没有这些法条，或许正好使许多打算做这种事或正在做这种事的人们无所顾忌。这决不会是我们的立法者愿意追求的。若像西方国家那样规定有通奸罪，情形就不大一样了：我可以告你，让你坐牢；也可以不告你，但你必须知道这是我的宽仁，你必须改邪归正，否则我还可以告。这样，无过错的配偶一方也有了权

利，有了对通奸者劝阻的正当法律依据。西方立法，其意也正在此。所以，表面上最具有“封建色彩”的两个法条，却实实在在地有利于保障受害人权利，有利于阻止许多人的犯罪意图。近一二年间关于修改婚姻法要不要增加打击“包二奶”条款的争论，其实参考西方各国上述法律修改一下刑法就可以马上解决。

第九章　西法的市民精神与中法的亲伦精神之比较

有学者说中华法系或中国法律传统的最重要特色是"伦理法"。[1]这种见解非常独到，但不完全准确。任何民族皆有自己的伦理，其法律皆体现了各自的民族伦理。从这种意义上讲，各民族的法律未尝不可以都称之为"伦理法"。所谓"伦"，就是人际关系（如中国古代首重"五伦"，就是特别重视那五种人际关系）；"伦理"，就是人际关系应有之理，就是所谓"义"、"宜"、"谊"。因此，"伦理"一词只是一个中性的概念，并无特定的价值取向含义。"伦理法"并不能概括一个民族的法律传统的根本特征。

人世间的关系或"伦"有千百种。根据生活领域的不同，我们可以将其划分为亲属、宗教、市民、政治等不同种类的"伦"。因此，"伦理"也可以分为亲属伦理、宗教伦理、市民伦理、政治伦理等不同种类。不同的法系、不同民族的法律，在伦理取向或价值侧重点上确有差异。选择以哪一种伦理作为自己的法律最强调的伦理，这确实是一个民族法律的最大特征所在。从这一意义上看世界各大地域各大法系的伦理取向，我总有一种模糊的感觉：中华法系是以亲属伦理为本的法系，印度法系、伊斯兰法系是以宗教伦理为本的法系，而西方世界两大法系是以市民伦理为本的法系。

---

[1] 最早提出此说的是吾师杨景凡、俞荣根先生。参见杨景凡、俞荣根：《孔子的法律思想》，群众出版社1984年版；俞荣根：《儒家法思想通论》，广西人民出版社1992年版。

中华法系的根本精神，就是一种极端重视亲属伦理的精神。任何一个民族都有亲属伦理。但重视亲属伦理中的哪些方面，重视亲属伦理到什么程度，各民族大不一样。在印度法系、伊斯兰法系里，亲属伦理包含在宗教伦理之中；在西方法系里，亲属伦理被包含在市民伦理之中；而在我们的中华法系里，几乎一切伦理（包括政治伦理、宗教伦理）都被吸入亲属伦理之中。

中华法系的亲伦精神，与印度法系和伊斯兰法系的宗教伦理精神、西方法系的市民伦理精神一样，是一个远未真正展开研究的题目，值得我们深入进行研究。这种研究，大概也只有在与其他法系伦理精神的认真比较中才能深入。因资料所限，本文的研究只能仅以西方法系为对比之对象。我想从与西方法系的市民精神的对比中，初步考察中华法系的亲伦精神。

一、从“人民观”看中西法不同的伦理精神

中华法系的亲伦精神首先体现在中华法系深处特有的“人民观”上。特定的“人民观”决定了一个民族法律传统中关于法的起源、本质、作用的主流认识。

中国古代思想家们一般认为，人民是愚昧的群氓。法家认为人类初期“兽处群居，以力相征”，“以强胜弱，以众暴寡”，[1] 互相残害。即使到了有国家有法律时代，仍是“骄于爱而听于威”。[2] 儒家认为，人性中有善有恶，若不教化引导，人们必然走向罪恶，因此必须加强道德教化。此即孟子所谓“求放心”，荀子所“化性起伪”（“人之性恶，其善者伪也”），董仲舒所谓“性待教而为善”。[3] 自荀子、董仲舒直到清末的正统观念是：芸芸众生都是生而好利、疾恶、好逸恶劳、有耳目之欲的动物，若“从人之性，顺

[1] 《管子·君臣下》、《商君书·开塞》。

[2] 《韩非子·五蠹》。

[3] 《孟子·告子上》，《荀子·性恶》，《春秋繁露·深察名号》。

人之情，必出于争夺，合于犯分乱理而归于暴”。[1]这种“人民观”，也就是认为：人民原本是没有理智的愚民，不能自然为善，必须由圣贤去管治、引导、教化，然后才可能摆脱“趋恶”的自然之势而走向良善。

这种人民观，与西方法系的“人民观”形成鲜明的对比。西方法系的人民观，是把所有的人无一例外地假定为世界上惟一有理性的生物。西塞罗的思想很有代表性：“人是上帝赋予的各种各样的生命中惟一具有理性和思维的生命”，“人是具有充分理性的动物。”那么，“理性”具体说来是什么呢？西塞罗认为是一种智慧择善择是之本能：“人之所以超越禽兽，是因为人共同具有发达的智力，能够进行推理、判断，直至取得结论的本能。”[2]西方法系后来的许多理论，甚至神学自然法理论也基本上是这些经典认识的引申。

两种不同的“人民观”，其推论是大不一样的。不同的推论，与中西两种法律传统之间的亲伦精神和市民精神的差异紧密相连。

依中国法系的“人民观”，人民是群氓，时刻需要管治、教化。赖以管治教化的“工具”，除了道德伦理说教外，就是法律。若不以充分有效的法律去管教百姓，百姓必如飞鸟走兽，控制不了。对于这样的人民，应尽量使其少有“自由”、“自主”，尽量实行“他由”、“他主”，决不可使其与管教者“平等”，不可让其有什么“权利”。因为，一旦有了“权”，他们就只会用来谋“损人利己”之“利”。

依西方法系的“人民观”，人民都是有智慧者，都有自管、自治、自教的基因，因而应该有“自由”、“自主”，因为理性必使其

---

〔1〕《荀子·性恶》。

〔2〕［古罗马］西塞罗：《法律篇》，转引自张宏生主编：《西方法律思想史》，北京大学出版社1983年版，第58页、第61页。西塞罗的这些话，现在的新译本翻译有些不同。参见［古罗马］西塞罗著，王焕生译：《论共和国论法律》，中国政法大学出版社1997年版，第191～193页。——汇订时注

如此。既然大家均有“理性”（而非有人有、有人没有），那么所有的人当然应当“平等”和“自由”。在权利方面，“人们生来是而且始终是平等自由的”。《人权宣言》的这一宣告，总结了欧洲数千年文化之精义。对这种有理性的人们，重要的不是管制、管教，而是保障自由平等和权利。

两种不同的“人民观”，产生的背景和土壤显然是大不相同的。

中国的“人民观”显然是从家庭内（而且是东方大陆农耕型家庭）的情形推衍出来的。子弟婴幼在父兄面前，的确是嗷嗷待哺、蚩蚩待教之“氓”，无知无识。若不管之教之，必然好逸恶劳，好吃懒做（农耕劳动的艰辛、乏味，自然会使年轻人厌恶），必致为非作歹。所以，无条件受治受教，是子弟婴幼在家庭（族）内最大的义务；施管施教，是父兄族长最大的责任。

西方的“人民观”显然是从市场内外的情形推演出来的。任何一个人都是市民，他有智慧，他本能地知道自己该拿什么产品来与他人交换。市民必须自由，必须有权利，必须平等。没有自由，市民就不成其为市民——如果人们连自身都支配不了，当然更支配不了产品。市民对产品必须拥有某种公认的“权利”，该产品才有可能成为商品。市民们必须身份平等，特别是交易双方必须平等，至少程序上表面上平等，否则无市场。若是人身依附，人格权有差等，则必有强买强卖，实为掠夺，不是市场交易。

从中国法系的亲伦精神及相应的“人民观”，只能推出这样的结论：人民只有以“子弟婴幼”的身份生活于国家中，受作为“父兄”的皇帝官吏的管教。所以中国法系充满了这种“管教精神”。直到清代，康熙帝的《圣谕广训》仍明确法律的任务是“讲法律以警愚顽”。而从西方法系的市民精神及相应的“人民观”，只能推出相反的结论：人民只能以自由自主、权利平等的市民身份参与国家，称之为“公民”。“市民”和“公民”身份系一物两面：对经济生活为“市民”，对政治生活为“公民”。

二、从法律起源论看中西法不同的伦理精神

中西不同的国家与法律起源论，反映了两大法律传统背后的不同的伦理精神。

中华法系的亲伦精神，也体现在中华法系特有的“圣贤制礼作法”式的国家法律起源论上。中国古代思想家们一般认为：“道术德行出于贤人”、“圣人制礼作乐”、“智者作法而愚者制焉，贤者制礼而不肖者拘焉”，[1]认为圣贤应“以身作则”，是以周公为代表的圣贤为后世确立了法则。宋人李觏谓：“礼者，圣人之所制定法制也”，[2]代表了古人的一般认识。这是中国古代关于国家与法律起源的一般观念。因为人们是群氓，是愚昧无知的“婴孩”，在大圣大贤出来教导他们之前，他们都是为一己私利互相争斗、相互残害。“人生而有欲。欲而不得，则不能无求；求而无度量分界，则不能不争。争则乱，乱则穷。先王恶其乱也，故制礼义以分之。”[3]国家与法律就产生于这种“定分止争”的需要，“先王”即大圣大贤就是拯救群氓于自相残杀之困境的大救星。按照中国古代政治哲学的逻辑，那样愚昧无知的人民当然不可能自己通过“社会契约”立法来维持秩序，臻于文明进步之境界，只有靠外来的神灵的力量来拯救。

西方法系的国家与法律起源论，最有代表性的，就是所谓“社会契约论”。早在公元前4世纪，希腊哲人伊壁鸠鲁就提出：国家是人们根据相互约定建立起来的，法律也是人们彼此约定的产物。[4]西塞罗认为，人民是“以一种对于法律及权利的共同契约

[1]《管子·君臣下》，《商君书·开卷》。
[2]［宋］李觏：《直讲李先生文集·礼论四》。
[3]《荀子·礼论》。
[4] 张宏生主编：《西方法律思想史》，北京大学出版社1982年版，第28页。

联合在一起的”。[1]到了卢梭，正式将前人的主张归纳升华为系统完善的“社会契约论”。依此理论，国家是本来自由自主平等的许多个人为调节人际矛盾冲突、追求和平与发展而共同“让渡”部分权利，组成公共秩序和福利调整机关的结果；法律正是这种“让渡”协议的实际内容。

两种不同的国家与法律起源论，显然是中西两种不同的伦理观的体现，或者说是家庭和市场两者的逻辑分别推演的结果。

依据家庭的情形或亲属伦理，必然推出圣贤制礼作法约束愚众、管教愚众的结论。在家庭或亲属圈中，家长订立家规家法，子孙卑幼谨守家法，俯首受治。“家”本身是家长们（包括前辈家长）创建的，不是家长和子孙共创的。家规家法从来不是家长与子孙协商合意的产物。遵守已故的前任家长（甚至上溯至10代、20代前的家长）所立的家规家法，一直被中国传统社会视为美德。国家与法律的情形正与此相类。

依据市场的情形或市民伦理，必然推出国家与法律来自社会契约的结论。市场只能是通过许多单个的市民自由合意走到一起来进行交易而形成的，不可能出自某个人的命令或创造。在单个合同中，契约双方的具体权利和义务，来自双方的相互约定，此即合同双方当事人为自己“立法”。由此推而广之，关于市场秩序、市场规则，亦即市民在市场或在其他许多人格平等的市民面前的权利和义务，必然出自多数人的合意或多数人赞成并践行的习惯，不可能出自个别人的命令。共同的度量衡标准、价格规则、竞卖规则、广告规则，等等，都必须通过一种类似于订立集体契约的方式产生。

---

[1] 张宏生主编：《西方法律思想史》，北京大学出版社1982年版，第63页。现在这段话被译为：“国家……是许多人基于法的一致和利益的共同而结合起来的集合体。”参见〔古罗马〕西塞罗著，王焕生译：《论共和国 论法律》，中国政法大学出版社1997年版，第39~40页。

市场和市场规则的逻辑深深地影响了西方的国家与法律起源论，因为人们只能从他们最熟悉的社会生活模式中去推想国家与法律起源的情形。这种推想又反过来实实在在地影响了其国家和法律的性质与进步。

依市场逻辑或市民伦理而产生的“社会契约论”，暗含一个伟大的理想：一切立法权应当归于人民。古罗马法学家盖尤斯说：“一切权力都是从人民来的。”古罗马法学家肖里拉斯认为：“法律与习惯的权力都是从人民而来的。人民的意志可以从投票发表，也可以由习惯发表。”[1] 而由家庭逻辑式亲属伦理而生的“圣贤作法制礼”论，则暗含一个逻辑或主张：一切立法权当归于圣君贤主，最后无条件地归于任何君主。[2]

三、从至上权威观看中西法不同的伦理精神

中西不同的至上权威观，也反映了两大法律传统背后所蕴涵的不同的伦理精神。

中国法系的亲伦精神表现在以君长权力为至上权威的法律观上。君长权威高于他自己所制定的法律的权威，这是亲属伦理的必然推论。在传统中国政治中，君主权力始终至高无上，法律则从属于它。君主虽然理论上有受“天权”制约的可能（因为他是天之子，应服从天父之意），但“天权”没有强制力。“天父”毕竟无法直接监督、发号施令和审判制裁，充其量只有通过“灾变”或“灾异”来警告人君。听不听这种“警告”，则只能全凭皇帝老儿一人的好恶来斟酌了。这样一来，在政治中，最高权威只有君权，哪怕这一权力不由名义上的君主行使也是如此。在君权面前，法律是可以随时改变和违背的，只要理由“正当”。法律既是君主意志，由君主制定，那么君主因时因事所作的临时裁决当然也是法律的一部

[1] 张宏生主编：《西方法律思想史》，北京大学出版社 1982 年版，第 77～78 页。
[2] 《礼记·中庸》：“非天子不议乱，不制度，不考文。”

分，甚至更有权威性。"前主所是著为律，后主所是疏为令。当时为是，何古之法乎[1]!"不仅对于"前主"所立之法是如此，就是对于"今上"从前所立之法也是如此。若要求君主守法，本身就违背了专制君权的原则。君主若受制于法，则等于为自己往昔的决定、意志所束缚，等于以现在之自己服从以前的自己，这当然会阻碍专制君权以最大效率发挥功用。虽然从"取信于民"的需要出发，古时君臣们也强调君主遵守既定的政治成法，但归根结底那是权宜之计。君主的新旨意优于旧旨意，这即表明眼下君主个人意志的权威性高于君主过去所立之法律。宋代以后，皇帝常以"出于一时之权宜"或"一时之特恩"的"例"来取代通过比较严肃正规的方式产生的刑律（此即"以例破律"），正典型地反映了君权高于法律的事实。至于强调君主要守"礼法"，实际上是强调君主在个人生活方面应该受道德伦理的约束，并不在限制君主的"因时制法"之权威。

与此相反，西方法系认为法律的权威高于最高执政权。西塞罗认为："因为法律统治执政官，所以执政官统治人民。并且，我们真正可以说，执政官乃是会说话的法律，而法律乃是不会说话的执政官。"[2] 卢梭说："统治者是法律的臣仆，他的全部权力都建立于法律之上。同时，由于他享受着法律的一切好处，他若强调他人遵守法律，他自己得更加严格地遵守法律。"[3] 最高执政权力来自和从属于法律，这实际上也就是主张任何个人（包括最高执政）都必须服从公意。

中国的君权至上显然是家庭或亲伦逻辑的延伸。在家内，家长

〔1〕《汉书·杜周传》。

〔2〕张宏生主编：《西方法律思想史》，北京大学出版社1982年版，第64页；［古罗马］西塞罗著，王焕生译：《论共和国 论法律》，中国政法大学出版社1997年版中找不到此段文字。

〔3〕［法］卢梭著，王运成译：《论政治经济学》，商务印书馆1962年版，第9页。

权威至上（在亲戚圈内，辈份最长者权威至上）。家规家法既由家长族长制定，当然也就可以由他们修改或废止。他仗着权威废止或违背家规，也正是他随时修改家规的方式之一，只要理由“正当”。他服从家规只有在他认为此规则尚不需修改，对自己自由行使权力尚无大碍之时。他随时随事“因时制宜（法）”的权力，正如君主在国家里进行“权断”、“圣裁”之时权力一样，不可质疑。在个人私德行为方面，他也许要受到自己从前所立“家规”约束，如不得抽鸦片，不得嫖妓、不得赌博，等等，但这不过是为了更好地维护自己的权威。在有关家政和家庭公益的问题上，他的非常处置权力是至高无上的，是高于家规家法的。当然，如果其所作所为违反国法，就是超出了家长权界限，当受制约，这另当别论。

西方的“法律至上”观，显然是市场伦理或市民伦理的反映。市场规则必然是市民公意的结合，这种公意当然应凌驾于任何单个市民的私意私力之上。根据公意组成的市场管理机构，只能是执行公意的工具，决不可凌驾于公意之上。市场上的一切共同规则，如关于度量衡、价格、质量、交易竞卖的规则，既经公意确定或认可之后，任何单个市民必须无条件遵守，否则即无市场公共规则可言。除非你可以争取足够数量的市民支持你的提案修改规则，不然你就得服从公认的规则。无公共规则即无秩序，无秩序即无市场。无公共规则的至上地位，也就没有市场秩序。

四、从审判模式看中西法不同的伦理精神

审判模式的不同，也体现了中西法律传统背后不同的伦理精神。

中国法系的亲伦精神，我们也可以从中华法系特有的“家长制审判模式”来认识。在诉讼程序上贯彻的亲伦规则，是中国百姓数千年中感受最深切的东西。

中国的诉讼程序可体现的家伦理或亲属伦理者，主要体现在以下几个方面：

1．审判官是地方行政官，曰父母官，是一个地方的大家长；这正如家族（庭）内由家长族长兼任家内纠纷的审判官的情形一样。在家长族长之外，不可能设立有独立权威的审判仲裁机构，在国家也是如此。在“君权至上”而非“法律至上”（公共规则至上）的逻辑下，未掌握一定范围内最高行政权的机构、个人，当然没有审判权威（特别是没有保障裁决执行的权威）。在家内，家长权至上时也是如此。

2．诉讼不是用平等双方发生争讼时诉诸一个客观中立的仲裁权威的方式提出，而只能以“请老爷为小的做主（申冤）”的方式提出。这与家庭内子弟妇妾卑幼在有纠纷时哭诉到家长族长面前请求家长“一言定是非”的情形完全一致。这种争讼程序，不是在寻求一种客观中立的仲裁权（共同信赖的第三者的仲裁权）的仲裁，而是在寻求更有权威、有势力的“在上位者”的庇护、支持。

3．审判程序完全是家长式的。原告被告在法庭上都被视为刁儿顽童，只能跪着听讯。甚至证人、鉴定人（仵作）都必须跪着回话。传唤证人的程序与传唤被告基本一样，此即所谓“拘来一干人证”，有时甚至包括拘来受害人。在法庭上，当事人称法官为“老父台”、“老公祖”、“青天老爷”、“爷爷”、“青天父母”，均系从家长族长称谓延伸而来。反之，法官怒斥被告为“贼子”、“逆子”，亦即以训斥子弟的模式训斥“刁民”。

4．中国诉讼程序中必有的“笞讯”，最能反映家庭逻辑或亲属伦理精神。中国的审讯，动不动就“大刑伺候”。这不止是对被告，有时包括对原告、证人、仵作乃至参与缉捕的衙役。甚至还可以对被害人用刑，以逼其讲更多的情节。尤其值得注意的是，传统诉讼程序对原告亦持非常苛刻的态度，比如在原告执意要“越诉”、“非常上诉”之时，惯例或法律规定他们必须以头撞大鼓、站阴沟、滚钉板、立测等侮辱人格或忍受肉体痛苦的方式来表达，以检验其是否真有冤情。明人海瑞的主张就是典型代表。他主张在审判中对原

告被告都要“监之枷之，百端苦之”，以息刁讼。理由是：“夫人有痛之而不知畏者乎?”[1]这正是主张以笞杖之类的庭辱止息诉讼。在中国民间文学作品中，法庭上几乎时时有笞杖刑讯，对所有诉讼参加人都敢“用刑”，有时甚至对公堂下的旁听（观）者用刑。[2]这应当反映了中国古代公堂审判的实际情形。这样做，都旨在打击好讼者。这正是家长制和家伦理的典型推论——国家里的“好讼之徒”，哪怕他确有冤屈，仍如家庭内好哭好诉者一样可恶。在家伦理看来，只要是敢争吵、不谦让、不愿息事宁人者，就是违背伦理的坏人。所以包括原告、被告双方在内的争讼当事人，甚至包括与案件有牵涉的证人，从伦理上讲，均不是良善之辈，均应在争讼的仲裁程序上予以贬辱。西人对中国审判制度中的此一点看得比我们更清楚，马克思曾以此作为中国审判制度的最典型特征。[3]中国的这种“笞讯”，即法官可以随时对出现于法庭上的任何吏民施加挞击，正是家长式权威的体现，正是家或亲属伦理的体现。在家里，家长可以为惩戒“不肖子孙”而笞击一切人，包括已为祖母的妻子和已为将相的儿子，[4]更不要说对为争权夺利而告诉到自己座前的子孙卑幼双方加以笞击了。事实上，在中国古代法传统中，“笞讯”程序不只是调查证据的程序，也是对“不守本分”的不肖子孙或刁民的惩戒方式。

5. 中国法传统里的审判，其判决依据常常不是具体的法条，而是礼教、情理，这也是家长在家内依情理裁判是非之权力逻辑的

---

〔1〕《海瑞集·示府县状不受理》。

〔2〕这样的例子太多，参见《施公案》，宝文堂书店1990年版，第43页、第63页；《三侠五义》，中州古籍出版社1996年版，第59～60页；等等。

〔3〕马克思说：“实体法却具有本身特有的必要的诉讼形式，例如中国法里面一定有笞杖，和中世纪刑律的内容连在一起的诉讼形式一定是拷问。”参见《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社，第178页。

〔4〕如史书记载，岳飞、戚继光在身为将帅后仍曾受母亲杖笞。

合理推论。我们看中国古代的判决书，其判决依据，很少曰："依××律××条"，而是"礼曰"、"记曰"、"书曰"、"诗曰"、"春秋曰"、"律曰"之类。[1] 在那带有文学作品风格即字句考究的"诗判"、"词判"、"赋判"里，当然不适宜直接引用律条原文，需要的只是与律例相应规定的精神吻合而已。当然，在衙门系统内部上报下达的文件公函中也许需要引用法条正文及进行解说辨析，但在对百姓公布的判词中一般只讲经义礼教原则。这大概与家庭或亲属圈的伦理有着内在的联系。家长治家及管教子孙、裁决争讼，当然很少会学究式地引用某条家规家法为根据，当然会更多地依据原则性的圣贤道理、情理。讲圣贤道理或情理来教训人、决争讼，更有人情味，更有亲情感，更易于理解。亲属之间最大的维系是个"情"，而不是既定的"法"。圣贤们讲的情理，多是以亲属关系出发，以亲伦设譬，是关于亲属关系原则之理。此理对"家"好用，对"国"同样好用。更重要的是，"情理"是艺术，是因时因事因人因地而异的处事艺术，法律则是"一刀切"的科学。对亲属关系或类似亲属关系中的人们，需要这种区分亲疏远近尊卑长幼此时彼事的艺术；对于被假设为一律平等的市民国民，则需要法律西方那样"不别亲疏，不殊贵贱，一断于法"的科学。

6．中国法系所崇奖的判决内容，更典型地体现了家长制和亲属伦理。这可以从三个方面去认识。一是依亲属名分服制断案，诉讼"凡关宗族亲谊，必须问明是何称呼（谓），系何服制。"[2] 有时"（亲属）名分面前无是非"："凡讼之可疑者，与其屈兄，宁屈其弟；与其屈叔伯，宁屈其侄"。海瑞的此种主张最有代表性。海瑞还认为，即使原被告间无亲属关系，也要讲究尊卑名分："事在

[1] 即使说"律曰"，也不是引用法条原文，而是用非常简约而艺术性的语言来概括"律意"。

[2] 《牧令书辑要·刑名上·审理杂案》。

争言貌，与其屈乡宦，宁屈小民，以存体也。"[1] "体"即礼教之秩序。从某种意义上讲，乡宦对小民的关系是国家秩序中的拟制叔伯、兄长与子弟侄辈的关系。二是为满足亲情或亲属伦理的需要，法官所为判决常常"远远超出法律的规定及当事人诉讼请求的范围。"某些市井文学作品可能间接反映了这一事实。如"乔太守乱点鸳鸯谱"一案中，乔太守的法定职责，就是确定骗婚者、犯奸者的刑事民事责任。但他竟不怎么关心这一职责，反而在公堂上为三对青年再定婚配，充当起家长来。[2] 他的法庭命令便成了当事人共同遵守的"父母之命"。在清人李渔的小说《夺锦楼》中，武昌府理刑官在断完婚约纠纷（断定婚约不合"法"、"礼"，应予解除）后，进而"差人传谕官媒，替二女别寻佳婿。如得其人，定要领至公堂面面相一过，做得他（她们）的配偶，方许完姻"。[3] 在《彭公案》第十四回中，彭公在断完姚广智杀人一案后，进而判令：姚广智的弟弟作为"义子"为死者的父亲养老送终；姚的财产亦被断归其弟作为老人的赡养费、送终费。这远远超出一桩杀人案的正常判决。[4] 这都是典型的"父母官"（而不仅仅是中立的仲裁人）的所作所为。三是"各打五十大板"或"四六分问"的判决，也典型地体现着亲伦原则或家庭伦理原则。"各打五十大板"是指在判决中一般不让诉讼双方中的任何一方感到大获全胜或纯获收益，必须让双方在诉讼中感到都有损失，不过损失有大有小而已。理足的一方损失小一些，理亏的一方损失大一些，此即明人海瑞所痛恨的"四六分问"："与原告以六分理，亦必与被告以四分理；与原告以

---

[1] 《海瑞集·兴华条例·刑属》。

[2] 《醒世恒言》上册，陕西人民出版社1985年版，第168～170页。

[3] 李渔：《十二楼·夺锦楼》，转引自《公案小说奇观》，河北大学出版社1992年版，第427页。

[4] 《彭公案》，上海古籍出版社1993年版，第40页。

六分罪，亦必与被告以四分罪。二人曲直不甚相远，可免忿激再讼。"[1] 海瑞痛恨也没有办法，中国古代社会里这种"和事老人"式的判决比比皆是。这种判决与家长断决卑幼争讼时的道理相同：不能让争讼中任何一方感到纯然受褒受袒，否则不利于家内的"安定团结"。国家审判亦然。

与中国相反，西方法系的审判，追求"公共裁判"和"独立裁判"。裁判权独立于行政权、立法权，裁判官员代表公共意志执行裁判职能。早期希腊、罗马的审判机关多系公民直接选举一定的代表组成，如古希腊的"赫里埃"法院，公民轮番充任审判员，开庭时审判员可以多达6 000人。还有"贝壳放逐法"的司法方式，全城邦公民以集体表决的方式决定被告有罪与否及刑罚轻重，这实际上是一种在重大国事案上的"全民共审"制。后来的西方社会，这种原则基本上保留下来，如至今西方很多自治地方仍保留了民选法官的制度。即使法官系行政首长任命，但因有议会监督，其独立审判权还是有保障的。

西方的此种审判制度，是市场秩序或市民伦理的典型反映。市场上的纠纷，当然必须由超然中立无利害关系的第三者来充当仲裁人。因为一切市民都假定为人格平等且自由自主，因而没有任何人被假定为当然有足以断决纠纷的家长制权威，即使他真的公正无私和德高望重。仲裁审判权威，只能出自市民的选择委托。最为典型的是，在商事仲裁中，契约争议双方可以直接选择共同信任的若干人组成仲裁庭。这种合意选择的仲裁者当然必须假定为客观中立的，它不能依附于任何机关包括市场管理机关（因为市场管理机构也会与市民发生争讼，若让审判机构依附于它或让它享有此权，则难免"自己作自己案件的法官"之局面，恐失公平）。有些重大案件事件，让全体市民表决来仲裁决定可能是最有权威性的解决方

[1] 《海瑞集·禁革积弊告示》。

式。

欧洲中世纪的自治城市公社中由商会、自治法庭和行会进行的“市民司法”，最典型地反映了在西方法系中市民伦理对国家政治法律的深刻影响。在意大利，商人公会有商事纠纷管辖权，它“适用伴随商业发展而产生的（商事）规则，处理本地商人之间或本地商人与外商之间的法律纠纷问题”；后来形成了由商人自己主持的“特别商业法庭”；后来又有“商事混合法庭”，专理本地商人与外商间的纠纷。在英国，有所谓“泥足法庭”，以赶集小贩经常灰泥满鞋而得名，法官直接由赶集商人小贩担任，专门即席审理发生在市场上的民事纠纷和轻微违法行为。[1] 这些“法庭”，不是依附于这些自治城市的庇主（给公社颁发自治“特许状”的封建领主），也不是由市场行政管理机构兼任，而是由市民团体自己选任或委任。这种“誓盟城市公社”及其“自治法庭”，你简直无法认定它是“市民社会”还是“国家”，因为它实际上兼有两者的特征，居二者的结合或过渡带。这种城市公社上接古希腊城邦之绪，下启近代资产阶级“市民社会”式法治国家先河。这种情形，在中国从未有过。

结语

关于中华法系的总体特征，从20年代起就开始有人讨论。讨论来讨论去，结论不外那么几项，不过说法不同而已。如“皇权至上”、“法自君出”、“礼法结合”、“民刑不分、诸法合体”、“家族法占重要地位”、“行政司法合一”、“律外有法”、“民本主义”，等等。这些归纳，我认为基本上是对的。今天如果让我再来归纳，也大不了还是这些项目。事实本来如此，至多还可以用更为准确的语言表达一番而已。如“民刑不分诸法合体”之说，现在很多学者认为不妥，认为用“民事法律刑法化”也许更妥，这一点我是赞成的。不

〔1〕 由嵘主编：《外国法制史》，北京大学出版社1992年版，第126～129页。

过，我总是觉得，这些都不足以让我们一针见血地准确把握中华法系与西方法系、印伊法系的根本区别所在，不足以让我们把握中华法系的特有精神。以前总结出来的那些特征，都有些表面化。比如“皇权至上，法自君出”，古罗马帝政时期似乎也是如此。“民刑不分，诸法合体”，欧洲中世纪尚且如此，单独的民法典、诉讼法典、商法典的出现都是中世纪晚期乃至资产阶级革命以后的事。“行政司法合一”，古罗马相当长一段时间在地方上均是如此。“礼法结合”，欧洲教会法统治时代以教义凌驾或取代法律的情形大致也是如此。所以，这些特征（点）都是外表的，都难以与其他法系根本区别开来。我认为，要真正认识其特性，必须探究其内在精神。中华法系的内在精神，我认为就是它的“亲伦精神”，就是它以亲属伦理（东方内陆型农业社会的家庭伦理，以“孝”为核心的伦理）为灵魂的特质。对这一精神的研究，是一个太大太大的题目，我这里只能先提出一个粗略的构思，权作引玉之砖。

第十章　性犯罪惩治：中西刑法“严以治吏”传统的暗合

公务员腐败，其实质为贪。贪而必污，故曰贪污。“贪污”一词的原始含义，正是腐败。贪者，或贪财利，或贪女色，大多是二者兼贪。未有贪财贪色而不自污者也。公务员一旦贪财贪色，则其所掌握的权力必成为猎取财色的工具，则必徇私枉法，以赃（财色均是赃物）自污。

常人讲反腐败，大多只注重反贪财。至于贪色，总以为是生活作风小节，比起贪财，不算什么，不必太注意。此见大谬。古往今来无数案例表明：贪财贪色两者常常不可分，且恶性互动。贪财者必贪色以挥霍钱财，贪色者必贪财以供养美色，此为一般规律，少有例外。因此，若欲真正地惩治腐败，必双管齐下，双刀并用。而从人们平常不太注意的反色腐败入手，尤为重要。防色之贪，重惩官吏在“性”方面的腐败，这正是防微杜渐的关键。若不注意这一方面的反腐败，则大有任犯罪自由滋长，任官吏走向深渊后再行“挽救”的嫌疑，甚至有为官吏设陷阱之嫌疑。

重惩官吏的“性犯罪”，是防“色”腐败的关键。本文之旨，在于评述中国旧法及现代外国刑法在惩治“色腐败”方面的许多规定的不谋而合、并反省今日我国刑法在这方面的缺陷，以此为我国反腐败事业与法制建设提供一点有益的参考。

一、只以官吏为犯罪主体的性犯罪

性犯罪，一般而言，不问犯罪主体为什么身份，只要有规定的非法性行为，即构成此罪。但是，为了严防官吏腐败，古代中国和

近现代西方都有仅以官吏为犯罪主体的某些性犯罪规定。就是说，同样的违反性道德的行为乃至谈不上违反性道德的某种婚姻行为，常人为之不为罪，官吏为之即为犯罪。这与贪污、受贿罪仅以官吏为犯罪主体的情形极为相似。

（一）宿娼罪

在清代以前，常人宿娼是合法行为，因为国家并未禁止娼妓业。但是，官吏宿娼是被刑律所禁的。《大清律》规定："凡文武官吏宿娼者，杖六十。挟妓饮酒，亦坐犯罪。若官员子孙（应袭荫者）宿娼及生员挟妓者，罪亦如之。"[1] 一般百姓宿娼，挟妓饮酒，不以为罪，仅视为道德过恶；但官吏为之，则为犯罪，甚至候补官吏（生员）为之亦视为犯罪。

我国现代刑法虽标榜以更高尚的道德为基础，但却未规定宿娼罪。官吏的一般宿娼行为不为罪，仅在明知自己有严重性病而嫖娼或嫖宿幼女时才构成犯罪。[2] 若是党内官员嫖娼，仅有开除党籍之党纪处分，没有刑事处分。[3] 其他非党官员嫖娼，则连党纪处分也没有。[4]

在娼妓业合法的古代，官员或候补官员宿娼尚且有罪；在娼妓业非法或被明令禁止的今天，官员宿娼反而不为罪，古今此异说明了什么？

（二）奸淫部属罪

中国古代法律对于官吏奸淫下属妇女者禁令甚严。唐律有"监主于监守内奸"[5] 之罪名，专门惩治官吏奸淫下属吏佐及部民妻

[1] 《大清律·刑律·犯奸》。

[2] 《中华人民共和国刑法》第360条，

[3] 《中国共产党纪律处分条例》第134条。

[4] 实践中有罚款数千或给予警告、记过等惯例，但这仅仅是行政处分，且官员与百姓没有轻重区别。

[5] 《唐律疏议·杂律上》。

女者。由于唐律有常人“和奸”之罪名，故此罪仅仅是为官吏在自己管辖范围内和奸（通奸）而专设的特定罪名，且刑罚比常人和奸（通奸）加重一等。到了元代，似乎控制更严。元律规定：“诸职官求奸未成者，杖五十七，解见（现）任，杂职叙（用）。”[1]“求奸未成”，是指求“和奸”而未成，因为下文还专有“职官强奸未成”之罪条。求（和）奸，后来正式称为“图奸”、“调奸”，就是用语言动作等挑逗求奸。平民为之，只要被调戏妇女没有羞愤自尽，一般不予追究，也就是说平民无此罪名。但官吏犯之，哪怕没有产生任何恶果，仍单列法条处罚，以为犯罪。可见这就是一条专以官吏为犯罪主体的罪条。元仁宗延祐元年（公元 1314 年），江西瑞昌县达鲁花赤屯屯求娶民妾，对方不从，乃“扯定求奸”，被拒。上司判决以其“甚失牧民（者）之体”，决五十七，解职。[2] 国民党政府时期的刑法也有此类规定。如 1935 年《中华民国刑法典》第 22 条规定：“对于因亲属、监护、教养、救济、公务或业务关系服从自己监督之人，利用权势而奸淫或猥亵者，处 5 年以下有期徒刑。”

当然不只是中国旧律对官吏生活作风要求这般苛刻，现代西方刑法也有这类苛刻规定。

《西班牙刑法》第 434 条规定：“监临官吏奸淫 16 岁以上 21 岁以下少女者，应处以 6 个月到 6 年徒刑。”[3] 按照该法，一般人为此劣行，未定为罪（因为受害人已非幼女，且系自愿奸淫），可见此条是为官吏专设的罪名。《西班牙刑法》的另一条规定更显然专用以苛责官吏和保护人：“保护者或具有此等条件之官长，与任何具有声誉、年未满 23 岁且有依赖关系之妇女发生肉体关系者，应

---

〔1〕《元史·刑法志·奸非》。

〔2〕《元典章》卷五四，《刑部》一六，《非违》。

〔3〕《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社 1980 年版，第 1806 页。原文将“监临官吏”翻译为“治安当局”，不妥。

处以长期监禁（1个月至6个月）。"[1]这两条规定惩罚的正是顶头上司、直接管理负责之官吏奸淫下属良家妇女的行径。16岁以上23岁以下妇女早已成熟，已达到性问题上的所谓"同意年龄"，常人与之奸淫不为罪，其直接管理官吏为之则处以刑罚，可见对官吏在"色"问题上控制之严。《意大利刑法》第519条规定，公务员与其训育、监视的16岁以下未成年人相奸者，则视为强奸，处3年至10年徒刑。该法规定常人奸淫14岁以下女子为强奸，而公务员奸淫14岁以上（至16岁）女子亦为强奸。这是专为官吏设置的特殊强奸罪名。[2]《加拿大刑法》第153条规定："雇主、首长非法奸淫雇员或者因共同受雇在工作关系中受其管制和指导的、直接或间接自其处领取薪津的女子，只要其年龄未满21岁，即为犯罪，应处2年有期徒刑，此罪为公诉罪，不管受害人愿否告诉，任何人均可告发。"[3]既然常人与这样年龄的女子奸淫不为罪，则此一规定显然旨在防止官员雇主滥用权势。《瑞士刑法》第197条规定："滥用妇女之危难状况，或公务或职务或其他类似之从属关系而诱奸者，处轻惩役（3年以下）"。[4]此规定宗旨略同。

欧美刑法的这种规定，是大出我们意料的。上述行为，中国古代法律多视为"无夫奸"加以惩罚，而在我国现今刑法中均不为罪，实践中仅视为生活作风问题。《中国共产党纪律处分条例》第132条仅将其作为一种违纪问题温和处理："利用职权、教养关系或者诱骗等其他手段与他人发生性关系的，给予撤销党内职务处分。情节严重的给予留党察看或者开除党籍处分。"对非党官员，这种纪律处分也不一定有。

---

〔1〕《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1807页。
〔2〕《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1610页。
〔3〕《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第2201页。
〔4〕《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1089页。

（三）特殊公务员奸淫管训对象罪

这同样是官吏奸淫部属之罪，但由于关系更特殊，故处罚更重。同样是利用权势奸淫，这里利用的是监管、训育、看守、治疗之类的特殊权势，与前节一般官吏所利用的一般管辖权势不同。在这种特殊权势之下，受害人受到的压力或威胁更大，其自保的力量更弱或更容易屈服。故犯之者当处罚更重。近现代西方刑法一般均有此类规定。

1871年《德国刑法典》第174条规定：“官员对受其教育、训练、监督或教养的未满21岁之人为奸淫行为者，处重惩役（15年以下）或6个月以上轻惩役。”[1] 修正至1980年的《德国刑法典》第174a条规定：“滥用职权，对受自己教养、培训、看管、监护的犯人或因官方命令受监禁的人实施性行为，或让这类管训对象与自己实施性行为的，处5年以下自由刑或罚金。犯本罪未遂的也应处罚。”[2] 并且，此罪为公诉罪，不在自诉范围之内。这种处罚，与一般的强奸罪（未造成伤亡者）处罚基本相当。[3] 这实际上是把这种官员奸淫一律视为“准强奸”罪；即使是被监管之人主动，官员被动而为奸淫，也一样处罚。法条明文规定“让”此等人“与自己实施性行为”也视为此罪，也同样视为“准强奸”。同时，未遂罪也处罚，这与中国的元律处罚“求（和）奸未成”之意相通。

这样的规定，在欧洲似是通例。如《西班牙刑法》第384条规定：“监狱官向其所监管之女犯人求爱者，应处以短期徒刑（6个月至6年），向其所监官犯的人妻女姐妹或同亲等的其他亲属求爱

---

[1] 《德国刑法典》（1871年），载《刑法资料汇编》第7辑，中国人民大学出版社1955年版。

[2] 《德意志联邦共和国刑法典》，中国政法大学出版社1991年版，第119页。

[3] 德国旧刑法第177条规定的一般强奸罪为1年至15年重惩役，新刑法第177条规定一般强奸罪之刑为6个月以上5年以下自由刑。

者，应处以相同之刑。两种情形下均应处以特别褫夺权利。"[1] 这里仅规定"求爱"即构犯罪，是否包括了求奸未成？当然应该包括。这也与我国元律处罚"求（和）奸未成"之条相近。其规定的处罚也与该法规定的强奸罪之处罚差不多重。也显然是视其为准强奸罪。

《美国模范刑法典》第 213－3 条规定："任何男子若与妻以外之女子性交，只要对方系依法被拘禁或被收容于医院或其他设施，而该男子对该女子有监督管束权限时，即构成犯罪（轻罪而非重罪）。"[2] 其建议的处罚比欧洲刑法稍轻，约为 3 年以下有期徒刑。

《意大利刑法典》第 520 条规定："公务员与他依法定职务看守的被逮捕拘禁妇女或因官署处分之执行而交其照管之妇女相奸者，处 1 年以上 5 年以下徒刑。对这类妇女在职务上负有权力的其他公务员犯者亦同罪。"[3] 这里更明显地视为此种"和奸"行为为强奸，因为该条标题或"立法要旨"标明为"利用官署职权而强奸"。该刑法第 542 条还规定："公务员犯性侵害之罪均为公诉罪（而一般性侵害罪包括强奸罪均为自诉罪），哪怕受害人迫于权势不敢告诉，亦可由公民告发、国家公诉。"

在亚洲国家，如《韩国刑法典》第 303 条也有惩治官吏奸淫自己看守的被拘禁妇女之专条（详后）。

在我国旧律中，官吏奸淫其管禁下的囚妇，一般没有单独规定。但按监临主守奸部民妻女之罪论处，已比一般"和奸罪"处罚明显加重（因官吏奸部民妻女加上凡奸罪一等或二等）。唐、宋、元律皆然。到清律有专门规定："若奸囚妇者，杖一百，徒 3 年"，

[1] 《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社 1980 年版，第 1794 页。

[2] 《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社 1980 年版，第 1990 页。

[3] 《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社 1980 年版，第 1610 页。

犯妇不坐。“若保管在外（监外执行）仍以奸所部（民妻女）坐之。”[1]

在我国现今刑法中，找不到关于这类特殊公务员奸淫被监管妇女的专条规定。只要没有强奸情形，刑法不以为罪，仅视为纪律问题，依党纪政纪规定处理。《中国共产党纪律处分条例》仅有公务员利用权势奸淫或欺奸淫女子的纪律处分规定（第132条），没有关于监守管教人员为此丑恶行为时的特别处罚规定。

（四）对部属性骚扰或猥亵罪

性骚扰，是指一般性以言语或非礼动作调戏妇女；猥亵则是指为满足性需要而作的奸淫以外的一切行为（有强制和非强制之分）。一般说来，这两者的界限很难区分。性骚扰行为和无强制的猥亵行为更无法区分。这两种行为，在中国旧律和西方刑法中都曾被特别规定为官吏独有的犯罪。

元律规定：诸职官因谑（调戏）部民妻，致其夫弃妻者，杖六十七，罢职，降二等杂职叙用。[2]按照元律，百姓一般性言语调戏（不是求奸）妇女，没有罪名，但官吏犯之则为罪。仁宗延祐五年（1319年），武进县达鲁花赤伯不花“将部民妻阿五扯捽戏谑，决六十七，罢见（现）役，降二等杂职内叙用。”[3]这里处罚的正是官吏对部民妻女性骚扰或猥亵之罪。“扯捽”，就是动手动脚。（捽，音zuō，意为“揪”）。即使没有引起对方羞愤自杀的之类的严重后果，仍处以此等刑罚和罢职处分，不可谓不严。民国时代刑法典也有些规定。前条引述的1935年《中华民国刑法典》第228条即有惩治官吏非强制猥亵下属之意。平民非强制猥亵成年人无罪，官吏为之则有罪。

[1]《大清律例·刑律·犯奸》。

[2]《元史·刑法志·奸非》。

[3]《元典章》卷五四，《刑部》一六，《非违》。

欧洲现代刑法也有这样苛治官吏的法条。1994年《法国民法典》第222－33条规定："为获取性满足，滥用职务赋予的权势，采取命令、威胁或强制手段骚扰他人的，处1年监禁并科100万法郎罚金。"[1] 这就是"性骚扰罪"，仅仅规定为官吏犯罪。平民为此尚不构成刑事罪。

《奥地利刑法典》第212条规定："公务员对于受其职务监督之人（包括医生教师等对受其治疗、管护、教养之人）为猥亵行为，或诱使其与自己为猥亵行为者，处3年以下自由刑。"[2] 该法就一般人的猥亵行为并无处罚规定（但父母、监护人等对未成年人除外），而官吏利用权势猥亵（非强制猥亵）成年男女均构成犯罪。

《美国模范刑法典》第213条规定，任何人与他人作性交以外的性接触，若对方系依法被拘禁或被收容于医院或其他设施，而行为人对其有监禁或纪律上之权威时，不管对方是否成年，不管是否有强迫，均构成"强制猥亵罪"的情形之一（而一般人犯此罪只有在对16岁以下未成年人或21岁以下的被监护人而犯时，或对任何人以强制麻醉等手段而为时，才构成此罪），为轻罪。[3] 这实际上是把一切利用职权而为的猥亵均定性为强制猥亵，显然是为了加重对官吏滥用职权的防止。常人一般性猥亵不为罪，因此，这种非强制的强制猥亵罪名等于专为官吏而设。

在我国现行刑法中，没有官吏性骚扰或猥亵之罪名，只有一般人强制猥亵之罪名。官吏滥用权势猥亵部属，没有刑罚，仅有党纪处分。《中国共产党纪律处分条例》第142条规定："党员猥亵侮辱妇女或者进行淫乱活动，给予党内严重警告或撤销党内职务处分；情节较重的，给予留党察看或开除党籍处分。"这不知是否包括性

[1]《法国刑法典》（1994年），中国人民公安大学出版社1995年版，第67页。

[2]《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社1980年版，第963页。

[3]《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1991页。

骚扰和非强制猥亵的行为在内？在这一方面，我们的刑法比起封建主义、资本主义的刑法来，对官吏更加宽大为怀。

（五）娶部民妻女或与属民通婚罪

为了防止官吏利用权势娶占百姓妻女，或防止百姓通过贡献妻女与官吏联姻拖其下水，中国古代法律一般明确规定禁止官吏与部民为婚姻。

唐《户令》规定：“诸州县官人，在任之日，不得共部下百姓交婚。违者，虽会赦，仍离之。其州上佐以上，及县官于所统属官亦同。其定婚在前任官居后，及三辅内官门阀相当情愿者，并不在禁限。”[1] 据这一规定，不但官长不得与下属百姓交婚，而且也不得与僚属交婚。即使国家赦免了此种违法联婚罪，不究刑责，但仍要强制离婚。关于此种违法联姻之刑罚，《唐律》规定：“诸监临之官，娶所监临女为妾者，杖一百；若为亲属娶者，亦如之。其在官非监临者，减一等，女家不坐。”[2] 监临官，就是负主要责任的长官，犹今言领导干部；非监临官，即一般干部。二者与下属吏民百姓为婚，包括为自己的本服缌麻以上及姻亲大功以上亲属娶妾，都构成犯罪。不但为自己娶妾不行，为亲属娶妾也不行，除非在自己的职务辖区之外。这里只讲娶妾，未讲娶妻，不知何故。但据前引《户令》，应包括娶妻。娶妾为轻，娶妻为重，可依唐律的“举重以明轻”原则知之。此外，只讲娶部民女为妾，未讲娶（买）部民妻、妾为妾，又不知何因。是否不为罪？从唐律立法指导思想而言，不应这样理解。可能是文省言约之故，不必烦列。

元律规定：“诸职官因奸买部民妾，奸非奸所捕获，止以买部民妾论，笞三十七，解职别叙。”买部民妾，不等于唐律所谓娶民女为妾。民妾的身份低于民女。唐律娶买部民妾是否为罪尚不明

〔1〕《宋刑统》卷一四，《户婚》引唐户令。

〔2〕《唐律疏议》卷一四，《户婚》。

确，元律则明确以此为罪。此外，元律规定："诸职官与倡优之妻奸，因娶为妾者，杖七十七，罢职不叙。"[1] 这也是奸娶部民妻妾的一种情形，也是唐律未明文规定的。这均可见元律似比唐律对官吏"色禁"更严。

清律规定，凡府州县亲民官任内娶部民妇女为妻妾者，杖八十。女家主婚者并同罪，所娶他人妻妾仍两离之（不许归后夫，亦不许归前夫），所娶他人女亦离之，归其亲。财礼入官。恃势强娶者，各加罪二等，女家不坐，不追财礼。若为子孙、弟侄、家人娶者，罪亦如之，男女不坐。[2] 这一规定比唐律、元律更明确。不管是娶部民女还是娶部民妻妾，娶来不管是做妻还是做妾，都是一样处罚。为亲属娶之亦然。这里还特别规定了"强娶"加罪，这是唐律、元律所没有的，唐律中强娶、"和娶"等同处罚。

这种禁止官民交婚的法条，今人可以视为干涉婚姻自由，但在古代却是视为良法。若无此禁，官吏易滥用权势，欺占民妻民女，作威一方；奸民亦易于借联姻献美腐蚀官吏，使其成为贪污之官。欧洲刑法中似乎有近似条款，如《西班牙刑法》第383条似有惩治官吏向部民求婚之意（详见下节）。我国刑法今无此条，《中国共产党纪律处分条例》亦无此条。这种法条，在现代刑法中应不应有？也许应该有（当然可以作一些不妨碍婚姻自由原则的限制）。官吏的隐私或私人事务与百姓的隐私或私人事务毕竟不可等同视之。

（六）向案件当事人求婚求爱或"性受贿"罪

这是一种特殊的官民交婚或"权色交易"情形。与前一种情形不同的是：前者是一般行政长官与一般部民交婚，这里则是具体负责办理特定案件的官吏与案件的当事人或当事人的亲属交婚及"权色交易"。前者只是交婚，并没有以在具体案件上枉法为交易，这

〔1〕《元史·刑法志·奸非》。
〔2〕《大清律·户律·婚姻》。

里则是以枉法决定或裁判为交婚或性服务的对价报偿。

唐律规定：“诸监临之官……枉法娶人妻女者，以奸论加二等。为亲属娶者亦同。行求者，各减二等。各离之。”疏议曰：“有事之人，或妻若妾，而求监临官司曲法判事，娶其妻妾及女者，以奸论加二等。其娶者有亲属应加罪者，各依本法，仍加监临奸罪二等。为亲属娶者亦同，皆同自娶之坐。行求者各减二等，（谓）其以妻妾及女行求，嫁与监临官，得罪减监临二等。亲属知行求枉法，而娶人妻妾及女者，自依本法为从坐。”[1]

唐律这里处罚的，正是性贿赂罪。“行求”，正是旧律中关于“行贿”的标准说法。当今我国刑法学界及西方法学界仍在为应否将“权色交易”视为贿赂罪的一种情形争论不休，我们的祖先似乎早在 1 000 多年前就把这一理论问题解决了。在长孙无忌为首的“立法委员会”看来，“色”或“性服务”算不算“贿”（“贿”的本义是“物财之利”）或“财”，没有什么可争论的：它就是“贿”，就是“财”，就是今人所讲的“报酬”。以美女或以性服务行贿与以金钱财物行贿没有什么本质不同。

唐律本条实际处罚了性索贿受贿与性行贿两种行为。就索贿受贿情形而言，包括官吏为自己索受、为亲属索受两种情形。据唐律的上引疏议推断，不但官吏为自己或为亲属索娶、受娶有罪，就是官吏的亲属仗官之势自行索娶受娶（哪怕官吏本人不知或知而不阻止）也均有罪。而且，即使亲属索娶受娶，也均以官吏为主犯，其亲属为从犯。这一规定对官吏的严苛约束，实在罕见。关于此罪，唐律虽规定必以“枉法”为目的，但并没有规定实际上做出了枉法裁决才构成此罪，只要以枉法为目的即构成此罪。关于此罪的刑度，唐律规定得相当重。索娶受娶的官吏或其受娶的亲属，刑罚应在“监临主守奸部民罪”的刑罚上加二等，则应处徒 3 年（女无夫

[1] 《唐律疏议》卷一四，《户婚》。

时）或流二千里（女有夫时），这不可谓不重。性行贿者减受贿者罪三等，则应为徒2年半（送女时）或徒2年（送妻妾时）。对以妻女行贿官吏者，这种处罚也很严厉。

元律也有类似的规定："诸监临官与所监临囚人妻奸者，杖九十七，除名。"[1]这主要是处罚承办案件的官吏的性索贿受贿罪行，亦是仗势奸淫部民的最严重情形之一。至于娶罪人妻妾女如何处理，未见记载，估计与唐宋相同。

清律规定："监临官娶见问为事人（案件当事人）妻妾及女为妻妾者，杖一百。女家主婚者并同罪，妻妾仍两离之，女给亲。财礼入官。强娶者，各加二等，女家不坐。不追财礼。若为子孙、弟侄、家人娶者，罪亦如之。若娶为事人妇女而于事有所枉者，仍以枉法从重论。"[2]由此可知，清律将娶部民妻女之罪分为三等，最轻一等是一般的官长娶部民妻女罪（见前节），较重一等是监临官娶案件当事人妻女罪，最重一等是娶当事人妻女且枉法裁判罪。后两种情形，都可以视为在具体案件中的性行贿、性受贿。所谓"以枉法从重论"，大概是依"官司故出入人罪"（即今言枉法裁判罪）从重处理。所谓"女家主婚者并同罪"，正是指性行贿者受同等处罚（不像唐律减罪二等）。此外，清律还专有官吏奸囚妇之条："若奸囚妇者，杖一百徒3年。囚妇止坐原犯罪名。若保管在外，仍以奸所部（民妻女）坐之。"这是比上述三等更重的一种性贿赂罪或利用职权奸淫罪，其奸淫对象直接是女犯本人。故处罚最重。

以上打击性索贿受贿及性行贿罪的规定，当然并不是我们的祖先独有的主张。在现代外国刑法及判例中，我们也能找到知音。

《西班牙刑法典》第383条规定，公务员为自己或为配偶、尊卑亲属、兄弟或其他同亲等亲属向自己正在承办的案件（或亟待进

---

〔1〕《元史·刑法志·奸非》。
〔2〕《大清律·户律·婚姻》。

一步解决，或亟待撤回，或要更进一步向上司请示）的女当事人求爱者，应处以短期徒刑并特别褫夺权利。[1] 这里的"求爱"，应包括求婚、求奸两种情形，不管是为自己求还是为亲属求，都是性索贿受贿，尽管没有正式确定"性贿赂罪"之罪名。

日本司法判例似乎已经正式确立了"性贿赂罪"之罪名。1982年3月，日本一名男法官因接受女被告人的"性服务"，让其陪睡了三夜觉，而枉法减轻了被告的刑罚。案发被起诉，并被正式判为"性贿赂罪"而受刑。判决认定"性服务"也是一种"报酬"（即中国旧律所谓"贿"、"财"），接受性服务也等于接受了"报酬"。[2] 日本的这一判例，与中国唐律之用意极相合。

我国现行刑法没有类似规定。既无求娶当事人妻女之罪名，亦无向其求爱或性索贿之条。我国刑法把受贿罪仅仅限定为"索取或收受他人财物"，女人或性服务当然不是财物，于是官吏仗权势娶当事人妻女或求奸其妻女，只要没有枉法裁判，都只是纪律问题。若有枉法裁判，也仅只处罚其枉法裁判罪（15年以下徒刑），这与古律中"二罪从重"之用意根本不同。至于党纪处分，《中国共产党纪律处分条例》第123条规定利用职权奸淫一般仅为撤销党内职务。若是非党干部，连这一处分也没有。

二、官吏应加重处罚的其他性侵害罪

关于官吏的性犯罪问题，除上面讨论的情形外，中国旧律与西方刑法还有一个很大的共性，即凡百姓可以作为犯罪主体的性侵犯罪，官吏犯之，罪责更重，加等处罚，这主要指通奸、强奸、强制猥亵等犯罪，官吏加重处罚。

---

[1] 《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1794页。

[2] 储槐植：《美国刑法》，北京大学出版社1996年版，第296页注。据说，关于性服务能否视为"报酬"，许多美国学者持否定看法。

（一）关于通奸罪

官吏犯通奸罪加重处罚，在我国东汉时代就似乎已成惯例。东汉章帝时，谢夷吾为荆州刺史。有县令汇报一亭长奸部民妻案，将其定性为“和奸”，夷吾斥之曰：“亭长职在禁奸，今自为恶首，何得言和？”改定为强奸罪。章帝对此一判决十分欣赏。[1] 按谢夷吾之主张，凡官吏奸部民妻、妾、女者，都可以推定为利用权势，都是强奸或准强奸。自汉至唐的立法大约均持此主张，之所以要视为强奸，就是为了加重处罚。

唐律规定：“诸监临主守于所监守（范围）内奸者，加奸罪一等。”常人一般“和奸罪”之刑为徒1年半（女无夫时）或徒2年（女有夫时），官吏犯“和奸”部民妻女之罪，则处徒2年或2年半。而唐律规定的一般强奸罪（未致伤时）也是加“和奸罪”一等。因此官吏“和奸”与常人一般强奸同罪。

元律规定官吏求和奸未成亦处刑（见前文），也说明对官吏的通奸罪行加重处罚，因为百姓和奸未成者不罚。

清律规定：“凡军民本管官吏奸所部（人民）妻女者，加凡奸罪二等，各罢职役不叙。妇女以凡奸论。若奸囚妇者，杖一百徒3年。”[2] 按照该律，凡人和奸杖八十（女无夫时）或杖九十（女有夫时），官奸部民妻女则杖九十或杖一百。这虽比唐律大大降低了刑等，但仍比常人通奸刑重。

国民党政府时期刑法第228条规定官吏利用职权奸淫妇女处刑5年以下，远重于常人通奸罪（处刑1年以下）。

西方现代刑法也持同样的立场。前面已引述的西律关于官吏奸淫部属特别是奸淫其依法拘禁、看管、教养下的人加重处罚的规定都说明了这一点。如意大利刑法，其第559条、第560条规定常人

---

〔1〕《古今图书集成·经济汇编·祥刑典》卷一四〇，“听断部纪事”一。

〔2〕《大清律·刑律·犯奸》。

通奸蓄妾罪之刑不过2年以下，而公务员利用职务之便奸淫被拘禁、照管、监督之妇女者处1年以上5年以下徒刑（第520条）。[1]又如西班牙刑法，其第436条规定常人骗奸16岁至21岁少女之罪刑为1个月至6个月，但其第434条规定地方官奸淫16岁至21岁少女之罪刑为6个月至6年。[2]其第452－7条明确规定：任何人滥用其权威犯侵害贞操罪（包括通奸、强奸、诱拐妇女、奸幼女、奸少女、助长卖淫），“应处以各该刑之最高等”；官吏以从犯或帮助犯方式参与这些犯罪，仍“应以主犯之刑论处”。[3]再如1994年《法国刑法典》，该法第222－27条规定常人犯强奸以外的性侵害罪，处5年监禁并科50万法郎罚金，但下一条即第222－28条明确规定：犯罪系由滥用职务赋予的权势之人实施者，处7年监禁并科70万法郎罚金。一般人对未成年人或因年龄、疾病、怀孕、身体或精神缺陷而明显易于攻击的对象犯强奸以外的性侵害罪，处7年徒刑或并科70万法郎罚金（第222－29条），但“犯罪系由滥用职务赋予之权势的人实施”者，则处10年监禁并科100万法郎罚金（第222－30条）。[4]

在亚洲国家也有这样的规定。如《韩国刑法典》第303条对依职权监管下的被拘禁妇女奸淫者，处7年以下劳役。这不但远重于该法241条规定的通奸之刑（2年以下劳役），也可能重于该法第297条规定的一般强奸罪之刑（3年以上劳役）。[5]

以上这类“官犯加重”的规定，在我国现行刑法中没有。不但没有，实际上反而常比一般人更受保护和宽纵。在《中国共产党纪

[1]《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1621页、第1610页。

[2]《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1806页。

[3]《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1814页、第1809页。

[4]《法国刑法典》（1994年），中国人民公安大学出版社1995年版，第65页、第66页。

[5]《韩国刑法典及单行刑法》，中国人民大学出版社1996年版，第48页。

律处分条例》中，虽有“与他人通奸造成不良影响的，给予警告或者严重警告处分。造成严重后果的，给予撤销党内职务，留党察看或者开除党籍处分”之规定（第131条），但对非党官员没有约束力，且仅仅是纪律处分，而且一定要“造成不良影响”才处分。若没有造成不良影响，若两厢情愿，连违反纪律都不算！

（二）关于强奸罪

中国旧律关于“监临主守于临守内奸”加重一等或二等处罚之条，包含有官吏于管辖范围内强奸加常人罪一等二等而重罚之意。唐律规定，强奸者，加和奸罪一等；有折伤时，各加斗殴折伤之罪一等。官吏强奸，再加一等。因此，常人一般强奸罪之刑为徒2年（无夫者）或2年半（有夫者），官吏则为徒2年半或徒3年。[1] 元律规定常人强奸有夫妇女已成（既遂）者处死，未成者流放，强奸无夫妇女已成者杖一百七，未成者杖九十七。但官吏强奸部民妻女，未成者即杖一百七，除名不叙。已成者大概均处死刑。[2] 至少在强奸未成时，官吏之刑比常人重。清律亦规定官吏强奸加常人强奸罪二等。常人强奸已成者处绞监候，官吏犯之则已罪无可加；常人强奸未成者杖一百流三千里，官吏强奸未遂则应加至绞监候。至于奸囚妇，清律规定“强者，俱绞”，[3] 似乎未遂强奸亦处绞刑，这更明显比常人加重。

近现代西方刑法关于这一问题的规定更多更明确。1810年《法国刑法典》第333条规定：在强奸罪中，犯罪人如为对受害人有权力之人，如教师、公务员、宗教师等，应处无期重惩役。而前一条规定常人犯强奸罪者处轻惩役。1994年《法国刑法典》第222－23条规定常人一般强奸罪之刑为15年徒刑，但第222－24条规

---

〔1〕《唐律疏议》卷二六，《杂律》。

〔2〕《元史·刑法志·奸非》。

〔3〕《大清律·刑律·犯奸》。

定将“由滥用其职务所赋予的权势的人实施的强奸”与强奸未成年人、精神或身体有严重疾病之人，或尊亲属强奸未成年卑亲属或致受害人伤残等严重强奸罪之刑等同，处以 20 年徒刑。[1] 就是说，官吏滥用权势强奸任何人，哪怕是成年、健康、非亲属之人且未致任何伤残，均应视为情节严重的强奸，其罪仅次于强奸致死。至于西班牙刑法，上面曾引述的关于“侵犯贞操罪”官吏加重处罚（处以最高刑等）及官吏为从犯、帮助犯时亦以主犯论刑的规定，也包括强奸情形在内。《意大利刑法》第 543 条规定，性侵害罪一般为告诉乃论，但公务员犯强奸等不在此限，应依职权提起公诉，这亦含有对官吏从严论处之意。[2]

亚洲国家刑法也有类似规定，如《泰国刑法》第 285 条规定：“公务员对于部属或依公权而管理之对象犯强奸、奸淫幼女等罪，各依该条之规定加重其刑 1/3。”[3]《韩国刑法典》第 303 条规定：“对因业务、雇用及其他关系受自己保护或监督的妇女以欺骗或暴力方法进行奸淫的，处 5 年以下劳役，而该法规定常人一般强奸罪仅处 3 年以上劳役。”[4]

这样的规定，我国现行刑法没有。也没有可以把官吏强奸或官吏奸淫幼女作为“情节严重”的情形之一加以认定的司法解释。

（三）关于强制猥亵和猥亵未成年人罪

官吏滥用权势从事这种犯罪，同样应加重处罚。中国旧律虽无强制猥亵概念，但其“调奸未成”、“强奸未成”（未遂）的概念中显然包括强制猥亵。因为古人尚不清楚有不以性交为目的的性侵害。

---

〔1〕《法国刑法典》（1994 年），中国人民公安大学出版社 1995 年版，第 65 页。

〔2〕《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社 1980 年版，第 1617 页。

〔3〕《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社 1980 年版，第 634 页。

〔4〕《韩国刑法典及单行刑法》，中国人民大学出版社 1996 年版，第 48 页。

西方刑法则明确规定，官吏犯强制猥亵或猥亵未成年人之罪，比常人加重处罚。如《奥地利刑法》第212条规定公务员或医疗教育机构从业人员利用自己地位对受监督人为猥亵行为或诱使其与自己为猥亵行为者，处3年以下自由刑。[1]这时的受害人并未限定为未成年人，但其处罚则与常人猥亵未成年人（第207条）大致相当。这即含有责任加重之意。《法国刑法典》第222－28条、第222－30条规定“滥用职权赋予的权势”实施强奸以外的性侵害罪加重处罚，当然包括强制猥亵情形。其第227－26条、第227－27条更明确规定“由滥用职务之权势的人实行的”对未成年人猥亵行为，比一般人猥亵未成年人加重处罚：常人犯之，处2年监禁并科20万法郎罚金；滥用职务权势者犯之，则处5年监禁并科50万法郎罚金。[2]《意大利刑法》第542条规定，性侵害罪一般为告诉乃论，但公务人员或审理案件人强制猥亵或引诱未成人猥亵者，均“应依职权提起公诉”，亦有加重查处之意。[3]

在亚洲国家，《泰国刑法》第285条亦有官吏对于部属强制猥亵、猥亵幼男女各加重其刑1/3之规定。[4]

我国现行刑法没有这样的规定。

（四）关于纵容助长卖淫猥亵之罪

中国旧律有纵容助长或勒迫妻妾女卖淫加重处罚之规定，但没有官吏犯此罪加重处罚之条。

西方刑法有此规定。《德国刑法》第180条规定，一般人助长未成年人在他人面前为猥亵行为或让他人对之猥亵行为，处3年以下自由刑或罚金；但滥用教育、培训、监护、职务或工作上的从属

---

〔1〕《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社1980年版，第963页。

〔2〕《法国刑法典》（1994年），中国人民公安大学出版社1995年版，第65～66页、第99～100页。

〔3〕《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1617页。

〔4〕《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第634页。

关系，让不满18岁的人与他人为猥亵行为或在他人面前为猥亵行为，或让他人与自己当着这些未成年人的面为猥亵行为者，均处5年以下自由刑或罚金。[1] 意大利1985年《关于防止卖春的第75号法令》第4条规定：诱迫、纵容、协助卖淫，若系对于雇员或下属犯之者，或者官吏滥用职权而犯之者，“加倍处刑”。[2]《西班牙刑法》第452－7条规定：任何人利用权势或职位犯诱迫容留妇女卖淫之罪者，应处以各法定刑之最高等。[3]《法国刑法典》第225－7条规定：因其职责而受命参加反卖淫活动、保护公众健康、维护公共秩序的人进行淫媒谋利犯罪者加重处罚。常人犯之处5年监禁并科100万法郎罚金，但此等官吏犯之则处10年监禁并科1 000万法郎罚金。[4]

在亚洲国家，《泰国刑法》第285条也规定公务员对于部属犯容留引诱未满18岁妇女与人猥亵、强制胁迫妇女与人猥亵等罪行者，各加重其刑1/3。[5] 其用意与西律相通。

我国现行刑法没有这种官吏加重处罚条款。仅《中国共产党纪律处分条例》第134条有强迫、教唆他人卖淫等开除党籍之处分规定。

三、我国现行刑法相关缺陷及反省

上面我们从两个大方面对中国旧法和近现代外国刑法中关于官吏对下属进行性侵害犯罪的各种规定分别进行了介绍分析。从这些分析里我们可以看出，在中国的封建主义法制、国民党时期法制和近现代外国的资本主义法制中，为官吏性犯罪或“色腐败”所设置的防范制度，远比我国今日社会主义法制要严密。这种严密，一方

---

〔1〕《德意志联邦共和国刑法典》，第120～121页。
〔2〕《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1615页。
〔3〕《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1814页。
〔4〕《法国刑法典》（1994年），中国人民公安大学出版社1995年版，第82页。
〔5〕《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社1980年版，第634页。

面表现为被视为犯罪的行为种类多：许多行为，在我国今日刑法观点看来根本不算什么，被视为无罪行为或合法行为，但在中国旧律和外国刑律中却被视为犯罪。另一方面表现为刑罚的加重，既体现为对轻微犯行施以在我们看来似乎明显过分的刑罚，又体现为官吏犯行比百姓加重惩罚。上文两大部分，都向我们展示了这种防范制度的严密。

外国这种严密的防范，甚至不仅仅是靠这些明文指定以官吏为犯罪主体或明白规定官吏犯之则加重处罚的条文来体现的。除这些之外，普遍存在的通奸罪和无夫奸罪法条，虽然未指明对官吏如何，但也是官吏“色”腐败防线上重要的一环。即使在没有任何关于官吏性犯罪的特别文字规定的刑法典中，只要有通奸、无夫奸两种规定，官吏的性犯罪或色腐败便大受制约。在现代外国刑法中，取消通奸罪的国家极少。[1] 一旦有通奸罪之刑条，官吏想搞“色”腐败活动或进行性犯罪就麻烦多了，因为涉案妇女的丈夫们在多数情况下是不会放弃告诉权的。一旦告诉并查证属实，等待犯者的是刑罚。终日担心枕边女人的丈夫要起诉，担心坐牢，谁还敢肆无忌惮地与人通奸。官吏们一旦常有这种担忧，色腐败不就大大减少了

[1] 法国、意大利、西班牙、奥地利、瑞士等大陆法系国家保留通奸罪，德国刑法原保留有通奸罪，至1975年修正时取消。英美法系国家普遍有通奸罪。在美国，绝大部分州有通奸罪。加拿大刑法亦有通奸罪。在前东欧社会主义国家如罗马尼亚等也有通奸罪。在亚洲国家，韩国、印度，巴基斯坦等有通奸罪，但日本已废除通奸罪。在美洲国家，巴西、阿根廷尚有通奸罪。其他国家刑法典因不可得，故无从知道。关于通奸罪条，我准备以一专文讨论其利弊得失。关于上述国家通奸罪法条及有关情况，参见《各国刑法汇编》上册、下册（台湾司法通讯社1980年版），《法国刑法典》（中国人民公安大学出版社1995年版），储槐植：《美国刑法》（北京大学版社1996年版），鲁伯特·克罗斯等：《英国刑法导论》（中国人民大学出版社1991年版），等等。

吗？另一方面，外国刑法中大多保留有无夫奸之法条，[1]这对官吏性犯罪或色腐败也是一大制约。我国时下许多机关或公司招录文秘人员时总忘不了加上一个"未婚"的条件，听说在外国的官府或公司招文秘很少附此条件。为什么呢？因为有"无夫奸"罪情形下，长官或老板们也不会对未婚小姐们打多少歪主意，因为他们随时要提防小姐或小姐的父母们告他诱奸、骗奸、性骚扰、猥亵，等等，并不因为她们没有丈夫就少了这些"威胁"因素。法有"无夫奸"之条，这种制约就恒在。当然，通奸、无夫奸两种罪条的作用也是有限的（比如事先纵容事后谅解者均不能告诉、超过半年或1年就不能告诉等），但有了这两条罪名对官吏雇主的威慑作用，总比只有强奸罪而没有这两条罪名时的威慑作用要大得多。有这两个罪名在，有权有势者搞性犯罪或色腐败时的顾忌更多更重，其犯罪机会更少，因此他们当然会更廉洁。若说这两个罪名是封建主义余毒，为什么外国资本主义刑法还舍不得丢弃？当然，人家保持这两条的理由也许主要不是为了反对官吏搞色腐败，而是为了保护受害

---

[1] 外国刑法中多有对诱奸已超过法定幼女年龄而尚未结婚之青少年妇女者惩罚之法条，甚至还有处罚任何无夫无妇者相奸的法条，其情形与中国旧律中的"无夫奸"法条几乎如出一辙。德国、法国、意大利、西班牙、加拿大、瑞士、美国、罗马尼亚、韩国、泰国等刑法均有此等法条。比如，《加拿大刑法》第153条规定："男子非法奸淫受其雇用、监督的未满21岁女子者，处2年有期徒刑。"第152条规定：男子假借结婚诱奸未满21岁未婚贞洁女子者，处2年有期徒刑。两者均为公诉罪。《西班牙刑法》第436条规定：以欺骗方式奸淫年满16岁未满21岁之少女应处长期监禁。《西班牙刑法》第441条还有诱拐奸淫年满17岁未满23岁少女之罪条。《韩国刑法》第304条规定：以婚姻为借口或者以其他欺骗方法奸淫良家妇女的，处2年以下劳役或100万以下罚金。有关资料参见前注。韩国刑法该条参见《韩国刑法典及单行刑法》，第48页。

配偶及受害少女的权益，[1] 只是客观上有此意外效益。

这都是我在另一篇专文里将要讨论的问题，在这里不必多说，还是回到我们的正题上：从上述古代中国和现代外国惩治官吏性犯罪或“色”腐败之严密法制中的介绍分析中，从它们与我国当今刑法的简单比较中，我们能悟出点什么？

无疑，上述分析比较将促使我们深省。

从1949年以来的中华人民共和国刑法进化历程，在这一问题上，有许多亟待总结的教训。

在共和国过去近50年的刑事立法史中，没有正式产生过一条专门针对官吏滥用权威犯性侵害罪的正式刑法条文。这难道仅仅是法案起草者们一时疏忽？不会的。我想肯定有立法指导思想上的深层原因。

建国初的刑法草案中，起草者曾提出了专门针对官吏性侵害犯罪的立法建议。1950年7月中央人民政府法制委员会提出的《中华人民共和国刑法大纲草案》，其第133条规定：“用欺骗方法奸淫妇女，或利用权势地位，以恐吓要挟之方法，奸淫立于自己从属地位之人者（包括鸡奸），处3年以下监禁。”[2] 这是关于“骗奸”罪和利用权势奸淫罪的专条规定。这一规定，前半句指的是诱奸（这在西方刑法和韩国刑法中主要指以结婚为幌子诱奸骗奸未婚或无婚妇女），“或”字后半句指的是官吏奸淫广义上的下属（部民、雇员、当事人等）。这似乎是为官吏特设了一个性犯罪罪名。但由于该草案中有通奸罪（第156条，刑6个月以下），蓄婢纳妾罪

---

〔1〕 若无通奸及无夫奸之罪名，受害配偶及一时因轻信而失身的少女，只能哑巴吃黄连，无可奈何地忍受一切羞辱损害，甚至忍受加害人进一步加害。因为他没有理由去告诉。若一定想告诉讨个公道，就只能把案件“提升”为强奸，这就需要歪曲事实或诬告。这样即使处罚了，又对加害人不公平，因为其罪过并没有那么重。

〔2〕 赵秉志主编：《新刑法全书》，中国人民公安大学出版社1997年版，第1429页。

（第150条，刑5年以下）之规定，则此条只不过是对官吏通奸（如双方有一方已婚时）的一种情形稍加重处罚（比起蓄妾则减轻了处罚）的规定而已。1956年11月，全国人民代表大会办公厅法律室提出的《中华人民共和国刑法草案》，在这一问题上似有进步。草案第238条规定：“利用教养关系或职务上的从属关系，犯第233条（强奸罪）、第235条（奸淫幼女罪）、第237条（强制猥亵罪）之罪的，分别依照各条的规定从重处罚。”[1] 这一规定，似有整顿官风党风大动刀斧之气概，但仍不过是在原定一般刑罚内“从重处罚”而已，与百姓犯此三罪之处罚并无什么大的区别，比起我们在前两节介绍的中国旧律和外国新律“加等处罚”之规定来，还是欠缺一点“从严治吏”的气概。但由于该草案取消了“通奸罪”条，故这一条专门针对官吏奸淫之罪的规定，还是用心可嘉的。可惜此后历次刑法草案又都取消了这种针对官吏的专条。

到了改革开放的新时期，1978年12月，由中央政法小组牵头的“联合修订组”提出的刑法草案中，又恢复了这种规定。其第153条规定：“利用被害人的从属地位，以挟持诱骗手段奸淫妇女的，处2年以下有期徒刑或拘役；情节恶劣的处5年以下有期徒刑。”这实为1950年刑法草案第133条之翻版，而其预设刑罚则减轻了1年（一般情节下）。[2] 此外，该草案增加了第195条“破坏婚姻家庭罪”条（实为通奸罪条），处刑3年。这样一来，前条针对官吏奸淫妇女的规定（若妇女有夫时）反而显得比百姓通奸更减轻处罚了。不过，这总算单独惩处了官吏或其他利用权势者的“无夫奸”之犯罪，仍有注意约束官吏之意。1979年2月的刑法修订

---

〔1〕赵秉志主编：《新刑法全书》，中国人民公安大学出版社1997年版，第1447页。

〔2〕赵秉志主编：《新刑法全书》，中国人民公安大学出版社1997年版，第1482页。这里的从属关系，包括官民关系、师生关系、雇佣关系、监护关系、亲属关系，等等。故不仅针对官吏犯性侵害罪。

草案中，仍保持了这一规定。其第154条规定：利用职权或监护教养关系，以诱骗手段奸淫妇女的，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节恶劣的，处3年以上7年以下有期徒刑。"[1] 不过这一规定反不如从前严密全面。从前历次草案规定以"恐吓要挟（挟持）"和"欺骗"两种方法手段都构成犯罪，这里反而只有"诱骗手段"，不周全，似乎以恐吓挟持而奸淫不构成犯罪。但其设计的刑等有所加重。特别是比起第194条"破坏他人婚姻家庭罪"（主要是通奸）减为只处刑2年以下，这里关于利用权势骗奸的刑罚更显较重。

不知何故，1979年7月《中华人民共和国刑法》正式出台时，利用权势诱骗奸淫和破坏婚姻家庭这两条同时被取消了。刑法学者专家们坚持了二十多年的两条立法建议，最后被对立法真正有表决权的人们轻易否决了。这两条同时取消而不是只取消其中一条，显然是有特别理由的，因为这两条关系太密切，不可独存。我们现在无法查到当时立法机关关于取消此两条的讨论记录，不知当时取消此两条主要理由到底是什么？为什么不能保留这两条，立法者主要担心什么？不好妄猜。保留这种规定到底有什么不妥呢？也许有人认为，有这两种规定会被人滥用。有通奸罪条，人们可能易于干涉他人的婚姻自由特别是离婚自由，因而可能有"复辟封建礼教"之嫌；有官吏奸淫罪条，可能使人们很容易借此纠举干部的生活作风问题，让干部们动辄得咎，无法工作，甚至有人会借此为干部设陷阱，会有人借此大做文章破坏党的干部的形象；况且，在实践中，这两者都不容易认定，易造成冤错诬陷。这些大概就是当时立法者们的担忧。这些担忧不是没有道理的。但是，取消了这两条呢？色戒不严的干部们，一旦没有破坏他人婚姻家庭之担忧，没有被人指控利用权势奸淫之担忧，那是何等自在逍遥啊！封建主义和资本主义制度下的官吏尚且享受不到的自由解放，他们都享受到了！一没

---

〔1〕 赵秉志主编：《新刑法全书》，中国人民公安大学出版社1997年版，第1494页。

有通奸罪及利用权势奸淫罪之规定，在司法实践就有许多问题不好解决。

在司法实践中，由于经常出现官吏利用权势奸淫妇女的案件。常常有受害妇女告诉到官，社会影响极坏。由于法无通奸、利用权势奸淫等规定，因此，为了打击此类恶行，基层司法官们只好根据受害妇女的陈述及其他有关迹象，推定为以“胁迫或其他手段”强奸妇女，从严惩处。

这一做法有利有弊。利在保护了受害妇女权益，打击了官吏滥用职权的色腐败行为。弊在以强奸罪论处常常过重。因为这种情形毕竟大多不是强奸。鉴于此弊，1984年4月26日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部等三机关联合发布《关于当前办理强奸案中具体应用法律的若干问题的解答》第2条明确解释：“有教养关系、从属关系和利用职权与妇女发生性行为的，不能都视为强奸。行为人利用其与被害妇女之间的特定关系，迫使就范，如养（生）父以虐待、克扣生活费迫使养（生）女容忍其奸淫的，或者行为人利用职权，乘人之危，奸淫妇女的，都构成强奸罪。行为人利用职权引诱女方，女方基于互相利用与之发生性行为的，不定为强奸罪。对于一再利用职权奸淫妇女多人，情节恶劣的，可以流氓罪判处。”[1]

这一解释，在刑法典中没有利用权势奸淫罪之条款时也只能如此。它虽然能一时解决实践中的应用问题，但并未能从更高层次上或从根本上解决立法的缺陷。它充分暴露了我们的立法在此一问题上尴尬。

“有教养关系、从属关系和利用职权与妇女发生性行为，不能都视为强奸。”这是对的。一律视为强奸，失之过重。即使仅仅将“行为人利用职权，乘人之危，迫使就犯，奸淫妇女”等都视为强

〔1〕赵秉志主编：《新刑法全书》，中国人民公安大学出版社1997年版，第1643页。

奸罪，同样也不一定适当。官吏对下属、教师对学生、雇主对雇员、医生对病人、公安司法人员对被囚禁妇女等利用职权或从属关系，乘其危难状态迫使就犯的情形，不可一概而论。前四种情形虽然有“胁迫”（如以考试成绩、职称职务工资晋升机会、治疗手段采取与否等为胁迫），但如果一概以强奸罪论处，显然失之过重，因为受害人完全可以不接受这种胁迫而另谋避害抗争之路，因为他们尚有自由之身。这与真正的强奸（系无法抗拒）之情形大不相同。此时若法律上有利用权势奸淫之罪名，其处刑轻于强奸而重于通奸或破坏婚姻家庭罪及流氓罪，问题就解决了，因为既不至于罪刑不相适应地处罚过重，又有利于惩治权势的滥用。但是，如果对这四种关系的中没有胁迫情形的奸淫，一概置之不理，也显失公平。因为在这种从属关系之下，受害人的抵抗意志往往较弱，有时并不需要明显的胁迫，犯者同样可以达到滥用权势而奸淫的目的。若对这种情况一概不理，则无疑鼓励了滥用权势者，也使受害人事后一旦明白受诱惑欺骗而欲讨回公道惩治恶徒时无可奈何，眼睁睁地看着恶人得意洋洋地继续作恶。至于第五种情形，即公安司法人员奸淫被拘禁妇女，这种情形，若必查其有无胁迫，有无乘人之危，没有必要。即使没有明显的胁迫，也应推定为胁迫。因为受害人已无人身自由，既失去自由，再以常情下的胁迫来衡量，就不恰当。在这种失去自由的情况下，公安司法人员即使以极温和的态度向其求欢，实际上就是胁迫。另一方面，公安司法人员职责本为执法，就是为了制止奸恶，若反非法奸淫监管下妇女，犯罪恶性就远重于一般人强奸情形。所以，对这种情形若以没有胁迫而不处罚，显然过于放纵了执法犯法的恶徒。应该说，在这种情况下，即使被囚妇女主动提出此一要求，也应重处官吏。国外刑法就是这样做的。这种情形，不管有无胁迫，按一般强奸罪之刑处罚并不算重（但直接叫做强奸罪也不恰当，应单定官吏奸淫被拘禁妇女之条以范之）。

“行为人利用职权引诱对方，女方基于互相利用与之发生性行为，不定为强奸罪。”这一解释，简直就有鼓励“权色交易”或性贿赂之嫌。虽然这种情形不宜定为强奸罪（因为那显然过重），但就该放纵吗？立法的本意当然不是要鼓励、放纵，但由于刑法无通奸及利用权势奸淫之条款，故这一解释客观上只能起这种鼓励作用。既然司法解释明确规定不构成犯罪，那么，想滥用权势搞权色交易的人还担心什么呢？这就是法律的尴尬。若是在强奸之外还的有其他性侵犯罪条文，问题不就迎刃而解吗？这种权色交易不在立法上明令禁止，我们能真正反腐败吗？

上述司法解释表明，在 1984 年立法者就已经发现了缺少利用权势奸淫及通奸罪等条文在实践中引起的麻烦或尴尬：要么迫使受害人和司法人员把本来不是强奸罪的案件硬作为强奸罪案来控告和处理；要么迫使受害人和司法人员眼睁睁地看着恶徒逍遥法外无可奈何！这一司法解释倾向于接受后者。但又不能不把其中的一些情形人为地推入前者。实际上都不妥。

既然早已发现了此种尴尬或弊端，为什么不在 1997 年的新刑法典中谋求补救呢？新刑法典仍不设任何关于官吏利用权势犯性侵害罪的条款，这是为什么？若说这种条款易被人利用破坏干部的威信，易造成诬陷，所以不能写入刑法，这理由不成立。即使有此种情形，那也主要是坏人弄法之弊，非法条本身之弊。如果说，凡有可能被滥用来诬陷他人的法条就该取消，则刑法分则每一条文未尝不可都取消。若说这种规定会让干部动辄得咎，无法工作，缩手缩脚，我觉得虽或有其弊，但远远小于对干部加强监督减少色腐败这一大利。我很奇怪，立法者为什么不担心别的法条给干部带来麻烦，就只担心这一条？封建时代、资本主义国家为什么就不担心这些？

也许有人说，对官吏的性犯罪单独加以规定或加重处罚，有违法律平等原则；官吏也是人，不应在这一方面苛求他们。这一说法

最不值一驳。官吏是人，但不是一般的平民。他们掌握着国家或人民赋予的公权力，他们有着比常人更重的维护道德和秩序的责任，他们有着比常人更优越便利的性犯罪条件，他们的权色交易行为比常人奸淫行为会对社会公道正义造成更严重的损害，就冲这三个“更”字，他们就应受到更重的监督、更重的处罚。不愿受这种更重监督者，就别进做官这个门。官吏是公众人物，理应受到更多的道德和法律监督；他们的“私人事务”范围应小于平民。他们的财产应通过登记申报受人民监督，他们的婚姻、性交往也同此道理应受法律的更严格监督！克林顿的“拉链门”事件（性骚扰）能引起美国独立200年来才动用过1.5次的国会弹劾审判程序，我们共产党的干部在这一方面难道不应该比普遍百姓受到更严一点的约束吗?

今天是法治时代，我们不能仅指望用党纪来约束官吏的色腐败。过去几十年的历史已经表明，对利用权势奸淫者给予党纪处分根本不能较好地阻止色腐败，反而纵容了此种腐败。长久以来，这种处分已给予人们养成这样一种思维定势：这只是生活作风问题，是所有党纪错误中最轻的错误。“十次生活作风比不上一次看错政治风”，官吏们早已熟知此种逻辑，因而习惯于对色腐败放松自我约束。党和政府的用人政策也充分表明：所有犯错误后东山再起的干部中，犯“性错误”者复出晋升最顺利、最快（经济错误次之，政治错误最不可恕）。这是否也客观上助长了色腐败?

不全力反对色腐败，就不可能真正反腐败。

第十一章　道德刑法化：西方刑法与中国旧法的暗合及其意义

一国国民精神文明程度的高低，最重要的标志是多数国民是否具有热情、爱心、责任感和勇敢。一个健康的社会，其主要的维系纽带也正是其成员们的热情、爱心、责任感和勇敢。

因此，自古至今，中外各类国家和社会组织一直在不懈探索的一个最重要的问题即是如何培养国民或社会成员的这些优良品质?

前人就培养这些优良品质的途径或方法作了极为广泛的探索。其所主张或采取的方法或途径不外道德的途径和法律的途径两大类。

这两类途径又可以各自再分为两类途径：引导、奖赏的途径与禁阻、惩罚的途径。因此，我们可以说，迄今为止已探索的途径不外四者：

1. 道德层面的引导、奖赏。即采取各种方法劝导人们当应当有上述优良品质，为人处世当热情、尽责、勇敢，并对已实践此种要求的人加以舆论褒扬，给予道德荣誉。

2. 道德层面的禁阻、惩罚。即采取各种宣示方式向人们警示：不具爱心、不尽责任及怯懦者是可耻的，是正人君子所不当为的；并采取各种舆论谴责方式使此种行为被公众鄙视，给予为此类恶行者以污名恶名。

3. 法律层面的引导、奖赏。即以各类法律规范规定人们当以具体行为体现应有的爱心、责任感和勇敢。符合此种要求者，法律

明确规定予以物质奖赏、官爵或者荣誉称号奖赏；[1] 有时以对形式上违法而实际上符合爱心、责任感和勇敢要求的行为以不予惩罚作为奖赏。[2] 不过，对于仅仅一般符合国民基本道德要求的行为，古今中外大多并无法定奖赏，只是规定为人民的基本义务。

4．法律层面的禁阻、惩罚。对缺乏爱心、怠避国民责任和怯懦的行为，在古代法律与道德不分之时，法律大多明文宣示禁止，并定有相应惩罚（包括财产罚、肉体惩罚、自由惩罚、权利惩罚、名誉惩罚等）。后来，法律和道德大分离，人们多认为，仅仅违反道德要求的行为，只是道德上的愆过，不必以法律惩罚对付之，只以道德非贬即可。但是，本世纪初以来，自欧美产生的“社会法学”思潮影响全球，“社会本位”之说盛行，法律与道德在某种程度上又有部分合流之势。其主要体现就是：欧美刑法又开始惩罚某些从前认为是仅仅违反较高道德要求的行为。这是极为值得注意的。

本文的主要任务就是探讨欧美刑法如何运用第四条途径培养国民的优良品质。并就各相关方面与中国旧律进行适当比较。

欧美各国刑法中关于惩治国民冷漠、怠责、怯懦等不道德行为的规定甚多，归纳起来，大约有以下四大类。这四类规定是：（1）关于见他人危难、冤狱不予救助或不予报告；（2）关于遗弃原无法定义务养护之人；（3）关于逃避与犯罪作斗争之责任；（4）关于其他“道德犯罪”。以下分别进行考察分析。这一探讨将会使我们吃惊地发现：在通常被认为更重视划分法律与道德界限、更注重保障个人权利和自由（即更体现“权利本位”而不是“义务本位”）的欧美国家法律中，将道德要求纳入法律成为个人强制性义务的程

---

[1] 如中国汉代有“举孝廉”，实为依法定程序对实践“孝道”、“廉道”较好者以做官资格、俸禄、免税、免役等作为奖赏。

[2] 如汉儒董仲舒主张的“志善而违于法者免”。

度，远甚于受儒家文化深刻影响的今日中国法和其他亚洲国家法律！

一、关于见危难、冤狱不予救助或不予报告

（一）西方刑法的有关规定

1. 关于不救助危难。《法国刑法典》（1994年）第223-6条规定："任何人对处于危险中的他人，能够采取个人行动或者能唤起救助行动，且对其本人或第三人均无危险，而故意放弃给予救助的，处5年监禁并科50万法郎罚金。"该法第223-7条规定："任何人故意不采取或故意不唤起能够抗击危及人们安全之灾难的措施，且该措施对其本人或第三人均无危险的，处2年监禁并科20万法郎罚金。"[1]

《德国刑法典》（1976年）第330C条规定："意外事故或公共危险或急难时，有救助之必要，依当时情况又有可能，尤其对自己并无显著危险且不违反其他重要义务而不救助者，处1年以下自由刑或并科罚金。"[2]

《意大利刑法典》（1968年）第593条第2项规定："对气息仅存或受伤或危急之人，疏于必要的救助或未即时通知官署者，处3个月以下徒刑或科12万里拉以下罚金。"[3]

《西班牙刑法典》（1971年）第489-1条规定："对于无依无靠，且情况至为危险严重，如果施予援助对自己或第三者并无危险，但不施予援助，应处以长期监禁，并科以西币5 000元至1万

[1] 《法国刑法典》（1994年），中国人民公安大学出版社1995年版，第73页。

[2] 《德国刑法典》，载《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社1980年版，第852页。

[3] 《意大利刑法典》，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1633页。

元之罚金。"[1]

《奥地利刑法典》(1975年)第95条规定:"在不幸事件或公共危险发生之际,对有死亡或重大身体伤害或健康损害危险,显然需要加以救助之人,怠于为救助者,处6个月以下自由刑或360日额以下罚金;其怠于救助因而致人于死者,处1年以下自由刑或360日额以下罚金。如不能期待行为人为救助行为者,不在此限。须冒生命、身体之危险或可能侵害他人重大利益时,属于不能期待救助之情形。"[2]

《加拿大刑法典》(1971年)第394条规定:"故意阻止或妨害,或故意设法阻止或妨害对遭难船舶的救助者,为公诉罪,处5年有期徒刑。"该法第241条规定:"无合理之原因阻止或妨害或意图阻止或妨害任何人救护他人之生命者,为公诉罪,处10年有期徒刑。"[3]

2. 关于拒绝公务员协助救难的请求。《法国刑法典》第R642-1条规定:"在发生灾害之场合或其他对人造成危害的场合,无合法的原因,拒绝或怠于答复行政主管机关发出的要求的,处二级违警罪当处之罚金。"[4]

《意大利刑法典》第652条规定:"于公共灾害或公共危险之际,受执行职务之公务员或从事公务人员之要求,无正当理由拒绝援助,或拒绝借给劳力或(拒绝为报告、指示)者,处3个月以下

---

[1] 《西班牙刑法典》,载《各国刑法汇编》下册,台湾司法通讯社1980年版,第1822页。

[2] 《奥地利刑法典》,载《各国刑法汇编》上册,台湾司法通讯社1980年版,第919页。

[3] 《加拿大刑法典》,载《各国刑法汇编》下册,台湾司法通讯社1980年版,第2253页。

[4] 《法国刑法典》(1994年),中国人民公安大学出版社1995年版,第213页。

拘役或1.2万里拉以下罚锾。"[1]

《西班牙刑法典》第570条第7项规定，有关当局在救助火灾、海难、水灾或其他灾难时，如提供协助对本人无损害和危险但不愿协助者，应科西币25元至1 000元之罚金，并处以私下训诫。[2]

3. 关于知危难不报告。《美国模范刑法典》第220－1条规定："知悉由于火灾，他人之生命或其相当数量的财产已生危险，而对自己又无特别危险且能采取消防或扑火火灾之相当措施而不采取或不迅速报告火灾者，即犯轻罪。"[3]

《意大利刑法典》第717条规定："发现已有威胁他人或危及患者自己的严重精神病例或酒精、麻醉品中毒之危险病例而不报告公立医疗机构者，处4 000里拉以上8万里拉以下罚锾。"[4]

前引《法国刑法典》第223－7条"故意不唤起能够抗击危及人们的安全之灾难的措施"亦有惩治"见灾难危险不予报告"之意。

4. 关于知他人冤枉不为申雪。《法国刑法典》第434－11条规定："明知被暂时拘禁或已因重罪或轻罪受到判决的人有无罪的证据，故意不向司法当局或行政当局提供证明的，处3年监禁并科30万法郎罚金（但报告会给自己或近亲属带来刑事责任者除外)。"[5]

《挪威刑法典》（1961年）第172条规定："任何人知道被起诉

[1] 《意大利刑法典》，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1653～1654页。

[2] 《西班牙刑法典》，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1850页。

[3] 《美国模范刑法典》，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1994页。

[4] 《意大利刑法典》，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1670页。

[5] 《法国刑法典》，中国人民公安大学出版社1995年版，第169页。

或被判决的人有无罪的证据，若向有关当局报告并不给自己或近亲属或其他任何无辜之人造成生命、健康、福利、名誉等方面的危险而不报告者，应处1年以下监禁或罚金。"[1]

《波兰刑法典》(1970年)第250条规定："故意隐匿他人无罪证据而不报告者，处3年以下监禁。但恐自己或近亲属受刑事追究而不报告者除外。"[2]

(二) 中国旧法的类似规定

中国旧法也有类似规定。《唐律·捕亡律》规定："邻里有强盗或杀人案发生，见呼告而不救助者，杖一百。闻而不救者杖九十。"《唐律·杂律》规定："诸见火起，应告不告，应救不救，减失火罪二等(罚之)。"《中华民国暂行新刑律》第341条规定："于自己经管地内发现老幼残废疾病之人有危险而不报告巡警官员及其他该管官员者，处五等有期徒刑、拘役或100元以下罚金。"

(三) 观察与分析

我国现行刑法没有这样的规定。见他人危难不及时报告，在我国现行法律观念中一直被视为比较轻微的道德瑕疵。1978年刑法典草案曾拟有船长对海上或其他水域遇险者能救援而不救援之罪条，但1979年刑法典不见此条。[3]

前文所述四类行为，归根结底是于他人危险或灾难时不予救助。第一类是一般情形，第二类、第三类、第四类是特殊情形。其中，第二类不仅有见危不救之过，亦有怠抗公权之过；第三类不仅

---

[1] Norwegian Penal Code, Fred B. Rothman & . Co New York University, 1961, p. 76.

[2] The Penal Code Of the Polish People's Republic, Fred B. Rothman &. Co. New York University, 1973, p. 103.

[3] 新《刑法》第429条、第444条、第445条有指挥官不率部救助友邻部队罪，战场上故意遗弃伤病军人罪，救护人员拒不救护危重伤病军人罪，但都仅以军人或特定职责职务的军人为犯罪主体，只是特别刑条，不是一般刑条，对普通公民不适用。

有见危不报（报告的目的亦是为了引起救助）、放任危害发生或扩大（即冷漠、缺乏爱心）之过，亦有不尽对国家之积极公民责任（报告义务）之过；第四类危难是依国家法定程序造成的形式合法实质上违反正义的危难，不是自然危难或人的行为（包括合法行为和非法行为）造成的危难。[1] 知冤狱不为申，同样既有冷漠或缺乏爱心所任悲惨继续之过，亦有不尽公民对国家责任之过。这四类行为之所以应当受惩罚，最大的共同理由是：应当救助，能够救助，而不救助。此种犯罪人，即常人所谓“冷血动物”。惩治此种“冷血动物”竟成为欧美资本主义法的共同选择。

见危必助，见难必救，见冤狱必代为申诉，这是我们通常认作“古道热肠”或“侠义心肠”者之行为，通常认为是高尚的道德行为。对见危难而不救助和见冤狱不代为申诉者，我们一般只认为不过是冷漠、自私或不道德的行为，尚不是犯罪。中国法自古至今，除了唐律那么可怜的两条规定外，极少见有把“见人危难必予救助”、“见人冤狱必代申诉”规定为一般人的法定义务者，不见有惩罚“见冤狱不代申诉”者之法条或判例。因此，在格外标榜“个人本位”、“权利本位”的现代欧美，竟有上述法条，实在出乎我们意料。通常被认为鼓励人与人之间冷漠自私的资本主义法，竟然有这样的强迫公民救人危难、为人申冤、把高尚道德变成全民法定义务的规范，不是很令我们这些从前受惯了批资反资教育的人大开眼界吗？因为一般的立法旨意和一般人的法律观念都认为：只要不因自己的过错（故意、过失）给别人造成危难就够了，岂可作更高的苛求！

令人惊讶者不仅仅在于此。更令人诧异的是这些条文的内容本身的苛刻。尤其是以下两点：

1. 只要有见危难不报告或不救助、不协助救难公务、坐视冤

[1] 当然，若是因诬告而引起冤狱，可以说也是因人的犯罪行为造成的危难。

狱发生等行为，即构成犯罪，不以遭危难人、遭冤狱人最后真的伤亡或受冤狱判决之执行为构成此罪的必要条件。即是说，不以遭危难人最后实际受到的损害后果为本罪的要件，而仅以此种见危难不救助、见冤狱不为申等行为已造成或可能造成的社会后果（如使社会公德损坏、人心冷漠，使人们对他人救助失望或对社会生活互依互助之理想失望等精神后果）为本罪的危害后果。

2．不以遭危难人、遭冤狱人或其亲属告诉为本罪的追诉前提，各国均以此罪为公诉罪而非自诉罪。就是说，即便遭危难人、遭冤狱人或其亲属事后并不想告诉，国家也可主动追诉此类罪行。也就是说，这些国家认为，国家（而不是个人受害者）首先应视为这四类犯罪（特别是后三类）的受害者；具体受害个人只是共同受害者而已。

这两点，在我国的许多人看来，实在是难以想像的。在今日我国的司法实践中，因危难受重伤者或因危难而死亡者亲属告诉到司法或行政部门要求对见危难不救助者施以处罚，如因车祸或其他原因受重伤之人在公路上拦车去医院急救被拒、落水之人向岸上围观人群求救被拒、公务员请求公民协助救难被拒、病人生命垂危在医院急诊室外因交费不足被拒……之类案件，如今司空见惯，告到官署一般不会受理；即便受理，最后都会不了了之。理由是：道德和法律有界限，法律上没有处罚根据。因此更不用说制定惩处见危难不救、见冤狱不代申者的法条了。

当然，欧美刑法也并非不分青红皂白地一概强人所难。如果实行救助或协助救助、报告呼救、申冤等行为会给自己或第三人（当然是与自己关系更密切的第三人）造成危险（包括生命、健康、财产、自由、名誉之危险），那么你不予以救助、申冤也不受处罚。就是说，法律并不强求你“先人后己”、“舍身救人”、“大义灭亲”、“舍生取义”。在这里，西法也是很注意法律与道德的界限的：“舍身救人”、“大义灭亲”等是真正、彻底的高尚道德行为，只有极少

数人才能做到，不能以此强求一般的人。这里也照顾到了一般大众之情。因为一般的人情，不外先爱自己，然后推而广之爱别人；在爱别人之中，又是先爱亲近之人进而再爱疏远之人。“人莫不有私”，立法不可不照顾人性。违背人性之立法是要失败的。欧美刑法在这里都照顾到了。

二、关于遗弃自己原无法定义务养护之人

（一）西方刑法的有关规定

父母、监护人、教师、医护人员、管教人员等遗弃因衰老、残疾、幼弱、疾病、怀孕等原因而无自救力之人应受处罚，这是古今中外刑法的通例。因为这些特殊身份之人负有法定的养护义务。但是，若规定没有这类特定身份（即没有法定或契约所定养护义务）的人遗弃无自救力之人，也视为遗弃罪加以惩罚，我们必定感到诧异。欧美正有这样的令人诧异的法条。

《法国刑法典》第 223－3 条规定：“抛弃因年龄或身体状况而不能自我保护之人于任何场所者，处 5 年监禁并科 50 万法郎罚金。”第 223－4 条规定：“因遗弃致人身体毁伤或永久性残疾的，处 15 年徒刑；致死者处 20 年徒刑。”[1] 该法第 227－1 条规定：“遗弃 15 岁以下未成年人于任何场所者，处 7 年监禁并科 70 万法郎罚金；致受伤或残疾的处 20 年徒刑；造成死亡的，处 30 年徒刑。”[2]

比较该法典第七章第二节、第七节两节关于“抛弃家庭罪”、“置未成年人于危险罪”的有关规定即可知道：上引三条规定主要是针对任何人遗弃原无法定义务养护的无自救力之人的情形而定的罪名。因为在“抛弃家庭罪”节中特别规定了子女、直系尊卑亲属、配偶不尽民法上养护义务等情形的罪刑，在“置未成年人于危

〔1〕《法国刑法典》（1994 年），中国人民公安大学出版社 1995 年版，第 73 页。

〔2〕《法国刑法典》（1994 年），中国人民公安大学出版社 1995 年版，第 95 页。

险罪”节中，也特别规定了尊亲属或亲权行使人或“对未成人享有权利的其他任何人”遗弃15岁以下未成年人之情形的罪刑。[1]

这里“对未成年人享有权利的其他任何人”，应指尊亲属、监护人以外的教师、受托照顾人、医护人员、管教人员，等等。因此，在这两节之外且不特别限定犯罪者身份的“抛弃无自救力之人”的犯罪，可以肯定主要是指对原无法定养护义务之对象（无自救力者）之遗弃行为。

《德国刑法典》第221条规定：“遗弃因年幼、残废或疾病而无自救力之人或将受自己保护之人或应照顾其住宿、移动或收容之人、故意置于无人保护之状态者，处3个月以上5年以下自由刑；父母对子女犯此罪者处6个月以上5年以下自由刑；致重伤者，处1年以上10年以下自由刑；致死者处3年以上自由刑。”[2] 这一条文中实际上也包括了两种遗弃罪：在那个“或”字以前规定的是对原无法定养护义务之无自救力者的遗弃罪；“或”字以后规定的是父母、公务员、教师、医护人员、管教干部、福利职员、保姆或仆役等原有法定或约定保护义务者对无自救力之人的遗弃罪。

《意大利刑法典》的规定最为典型。其第591条规定了“负有保护或教养义务”者遗弃无自救力之人的犯罪；其第593条则明确规定了原不负法定义务者遗弃无自救力之人的犯罪：“对未满14岁或因精神或身体疾病、老迈或其他原因而无自救力之人，加以遗弃，或发现其迷路而疏于通知官署者，处3个月以下徒刑，或科12万里拉以下罚金。”[3]

《加拿大刑法典》第200条规定：“不法遗弃未满10岁之儿童，

---

[1] 《法国刑法典》（1994年），中国人民公安大学出版社1995年版，第97页。

[2] 《德国刑法典》，载《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社1980年版，第805页。

[3] 《意大利刑法典》，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1633页。

致危害或可能危害其生命，或永久伤害或可能永久伤害其健康者，为公诉罪，处2年有期徒刑。"[1]

《西班牙刑法》第488条规定："负责看管而遗弃年未满7岁之幼童，应处以长期监禁并科以西币5 000元至2.5万元之罚金。父母、监护人、看管人犯之者，应处以短期徒刑，并科以上述罚金。"[2] 这里"负责看管"或许包括并非依原有法定义务而仅仅是依突发情况产生的情势而应有看管儿童义务的情形。

《奥地利刑法典》第82条规定："以危及他人生命之方式将他人移至无助之状态而加以遗弃者，处6个月以上5年以下自由刑。对他人负有保护或救助之义务而于其无助状态下加以遗弃致危及生命者，亦同。其行为致受害人死亡者，处1年以上10年以下自由刑。"这里规定的是两种遗弃：前者是对原无法定保护义务之对象的遗弃，后者则是对原有法定保护或救助义务者的遗弃。[3]

(二) 中国旧法的有关规定

中国旧法除了关于对父母祖父母"供养有阙"（即有法定赡养义务而遗弃）的规定以外，似乎没有关于"无义务的遗弃"罪的直接规定。《唐律·贼盗》规定："其故摒去人服食、饮用之物，以故杀伤人者，各以斗杀伤论。"《大明律·刑律·贼盗》规定："若故摒去人服用之物而伤人者，杖八十；致成残废疾者，杖一百，徒三年……致死者绞。"两律所规定的犯罪行为，指的是"寒月摒去人衣服，或登高乘马私去梯镫，或饥渴之人摒去饮食之类"的行为。这

[1] 《加拿大刑法典》，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第2233页。

[2] 《西班牙刑法典》，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1821页。原译文可能有误！另在西班牙刑罚系列中，"短期徒刑"重于"长期监禁"。

[3] 《奥地利刑法典》，载《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社1980年版，第914页。此处可以比较该法第197条、第198条之"遗弃受保护之儿童"、"违反扶养义务"等处罚有法定义务情形下的遗弃罪之规定。

种行为，虽然有些像我们后来刑法所说的“遗弃”，但有重要的不同：遗弃是以消极的不作为危害他人的健康安全，“摒去服食”则是以积极的行为故意威胁他人安全或健康。前者是放任危害结果的发生，后者是有意追求危害后果的发生。因此，可以说，中国古代刑律并无在至亲赡养关系以外的“遗弃罪”概念。直到民国时期，一般性无特定身份关系的遗弃罪名才算正式确立。1928年《中华民国刑法》规定：“遗弃无自救力之人者，处1年以下有期徒刑、拘役或300元以下罚金；因而致人于死者，处5年以下有期徒刑；因而致人重伤者，处3年以下有期徒刑。”这一规定，是在该法第310条、第311条规定的有法定或契约义务时的遗弃（如遗弃亲属、教师遗弃学生、保姆遗弃婴儿、医生遗弃病人之类）之外，确立了一个原无法定或约定抚养保护义务情形下的遗弃罪，这是任何人对于在任何处于危险中的人不施加力所能及的救助时都可能触犯的罪名。这一罪名，在新中国建立以来的刑事法律规范中找不到痕迹。

（三）观察与分析

这一类罪名，有的法典译本译作“无义务的遗弃罪”，这是不准确的。既视为犯罪，必有义务在先。违反义务方可能构成犯罪。不过，这一类遗弃罪，与通常“有义务的遗弃罪”相比，确实有特殊性。最大的特殊性就是：“有义务的遗弃罪”中，犯罪人对受害人原来就依法或依契约负有保护、养育、教训、管护之类的义务，这是比较固定的经常性的义务。“无义务的遗弃罪”中，犯罪人对受害人原无法定养护义务，只是因为某种突发情势的出现，产生了受害人不得不求助于犯罪人的紧迫需要，产生了受害人对犯罪人的依赖关系。因此，依照社会公德，犯罪人应当救助受害人；于是法律把此种行为定为法定义务。

考察上列各国规定，我们也可以发现几个显著的共性：

1. 犯罪人没有任何身份限制。只要是在通常负有法定约定养护义务的特定身份（有这种身份者遗弃时罪责更重）之外，任何人

都可以成为本罪的犯罪主体（只要自己不是同样的无自救力之人即可）。

2. 遗弃无自救力之人于任何场所都构成犯罪，并未规定只有遗弃在危险场所才构成犯罪。就是说，即使在常人看来十分安全的场所，对无自救力而无人看护之人来说亦可能充满受伤害之危险。

3. 不要求一定有被遗弃人受伤或死亡的结果。只要有造成被遗弃人伤害的可能性，即构成犯罪。而这种可能性被假定为在犯罪人开始遗弃那一刻即已存在。至于因遗弃造成了伤害或死亡，犯罪人的刑责则大大加重。

4. 不以受害人及其亲属告诉为处罚前提。各国均定其为公诉罪而非自诉罪。这同样是以被遗弃者和国家两者为共同受害人。

5. 危险必须是不以遗弃人意志为转移的外在客观危险。若危险系遗弃人自己造成而又将无自救力人加以抛弃于此种危险中，那又构成别的罪名，罪责更重。[1]

这五大共性也是相当令我们感到意外的。在我国，由于法律没有相应的罪名，保姆将雇主家幼儿弃于街市，司机将无自救力之乘客弃于黑夜荒野，教师将小学生弃于郊游之地，幼儿园发生火灾时保育员只顾自己逃命，带邻人或同事之子外出游玩走失了也不去寻找，结伴出游将生病者弃置不顾独自回家，发现无自救力之在迷途或危险境地视而不见、漠不关心……此类案件层出不穷。发生了重伤或死亡后果之时，尚且争论不休，不知如何处理，一般是以民事处罚或行政处分了事。[2] 在没发生重伤或死亡后果之时，根本就

---

〔1〕此种罪名，相当于我们所说的"间接故意杀人（或伤害）"。参见《法国刑法典》第223-1条。

〔2〕不久前《人民日报》曾报道，安徽省一名法官，在赶车送粮途中遇到一车祸现场。受伤者为山东某法院工作人员，躺在车里呻吟不能动弹，向该法官反复求助被置之不理。有关部门后以撤销职务、开除党籍来处理这名法官。若此人不是法官、不是党员，则恐怕不会有任何处理了。

不会追究遗弃人的责任，遑论制定“无义务遗弃罪”之法条！

在通常被认为公开鼓吹人与人之间的关系为“狼与狼”之间关系的资本主义制度下，竟普遍地有此种“无义务遗弃罪”之法条。在我们这个鼓励人与人关系为“阶级友爱胜于父子兄弟”关系的制度下，为什么反而没能有这样的法条？

三、关于逃避与犯罪作斗争之责任

（一）西方法律与中国旧法的类似

1. 关于知犯罪不告举。《法国刑法典》第434-1条规定，任何人了解某一重罪，在其尚有可能防止该重罪发生或可能限制后果时，或者在罪犯有可能实行新的重罪但可予制止时，却不将此种情况告知司法当局或行政当局的，处3年监禁并科30万法郎罚金。该法第434-3条规定，了解到对未满15岁的未成年人或对由于年龄、疾病、怀孕或者身体或精神缺陷，无力自我保护之人实行虐待或剥夺衣食之情况的任何人，不向司法当局或行政当局禀告此种情况的，处3年监禁并科30万法郎罚金。[1]

《德国刑法典》第138条规定，对于下列犯罪行为（指内乱罪、叛国罪、外患罪、伪造货币罪、贩卖人口罪、杀人罪、残害人群罪、妨害自由罪、强奸罪、公共危险罪等重罪。——引者注）之计划或实施，于其尚未开始执行，或其结果尚可加以防止之前，已确然获得情报，而怠于适时向官署告发或向因犯罪可能受威胁之人通报者，处5年以下自由刑或并科罚金。[2]

《意大利刑法典》第364条规定，国民知悉危害国家安全而应处无期徒刑之罪不即时向司法官署或其他受理告发官署告发者，处1年以下有期徒刑或4万里拉以上40万元里拉以下罚金。该法典第

[1] 《法国刑法典》（1994年），中国人民公安大学出版社1995年版，第166~167页。

[2] 《德国刑法典》，载《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社1980年版，第769页。

365条规定，医护人员于其行医之际发现有应依职权追诉之犯罪时，耽搁或迟延向司法官署或其他受理告发之官署报告者，处2万里拉以下罚金。该法第361条、第362条还分别规定了公务员或从事公务之人员于公务中知悉犯罪而耽搁迟延告发者的处罚。[1]

《西班牙刑法典》第576条第1项规定，医生发现其所诊断之病人或尸体有中毒迹象或其他犯罪行为迹象，未立即通知治安当局，在尚不构成其他重大刑责时，应处5日至15日短期监禁，并科以西币100元至2 000元之罚金。[2]

《奥地利刑法典》第286条规定，对于通知即可阻止之犯罪行为，因怠于通知官署或有紧迫危险之人，在该犯罪至少已着手且有被处1年以下（应为"以上"。——引者注）自由刑情形下，处2年以下自由刑。[3]

《希腊刑法典》（1968年）第232条规定，任何人确知他人谋划犯重罪或已实施重罪，于能阻止犯罪或犯罪结果发生之际，而怠于及时报告官署者，应处3年以下徒刑；不论其所未举报之犯罪人是否最后被判处刑罚。[4]

中国古代法在这一方面的规定相当丰富。从商鞅的"匿奸者与降敌同罚"、"什伍连坐"之法，到汉代的"知犯不举"之法，到清代的"保甲连坐"之法，都没有留下好名声，似乎都是"白色恐怖"之兆。其实号称最开明太平的朝代似乎也不例外，如《唐律》规定"诸知谋反及大逆者，密告随近官司，不告者绞；知谋大逆谋

---

[1] 《意大利刑法典》，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1568页。

[2] 《西班牙刑法典》，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1852页。

[3] 《奥地利刑法典》，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第988页。

[4] The Greek Penal Code, Fred Boatman & Co. New York University, 1973, p. 125.

叛不告者，流二千里。”又规定：“诸强盗及杀人贼发，被害之家及同伍即告其主司。若家人、同伍单弱，比伍为告。当告而不告者，(拖延)一日杖六十”。“同保伍内，在家有犯，知而不纠者，死罪，徒1年；流罪，杖一百；徒罪，杖七十。”[1] 清律规定，知同伴之人被害而不首告者，杖一百。[2]

2. 关于见犯罪不制止。《法国刑法典》第223-6条规定，任何人能立即采取行动阻止侵犯他人人身的重罪或轻罪发生，且这样做对其本人或第三人并无危险，而故意放弃采取此种阻止行动的，处5年监禁并科50万法郎罚金。[3]

《西班牙刑法典》第338-1条规定，如果由于其介人可以阻止某件侵犯他人生命的犯罪或对他人尊严、贞操、安全的重大伤害，且对某本人或第三人并不造成危险，而不愿介入者，应处以长期监禁并科以西币5 000元至1万元罚金。该法第586条规定，应别人之请求提供协助以避免更大犯罪之发生，而不提供协助，尚未造成若干伤害时，应科以西币250元至5 000元之罚金，并处以私下训诫。[4] 该法第371条还特别规定，公务员基于职务上的原因应提供有关协助以防止犯罪或其他犯罪事件发生，但拒绝公民个人之请求不予协助而无适当理由者，应处以停止权利，并科以西币5 000元至2.5万元之罚金。[5]

《奥地利刑法典》第286条规定，怠于阻止即将实施或开始实施的犯罪行为，当该犯罪行为至少着手且有可能被处1年以下（应

---

[1] 《唐律·斗讼律》。

[2] 《大清律·刑律·诉讼》。

[3] 《法国刑法典》(1994年)，中国公民公安大学出版社1995年版，第73页。

[4] 《西班牙刑法典》，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1782页、第1858页。

[5] 《西班牙刑法典》，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1792页。

为“以上”。——引者注）自由刑时，应处2年以下自由刑。但其科刑之种类及量刑标准，不得重于未被阻止之犯罪的法定刑。[1]

中国旧律也有此类规定。东晋时有“符伍遭劫不赴救”之罪条。凡同伍之户遭劫而邻人不前去救助者，罪之。[2]唐律规定：“诸邻里被强盗及杀人……闻而不救助者”，杖九十；“力势不能赴救者，速告随近官司。若不告者，亦以不救助论。”[3]唐律还规定，发生绑架案时，“部司及邻伍知见，避质不格者，徒2年。”此即规定邻居们与地方官一样，有与绑匪搏斗（而不顾人质安危）的义务。但又规定，人质的近亲属逃避与罪犯格斗（因恐人质受伤害）者，不罚。[4]《大清律》规定：凡知同伴之人欲行谋害他人不即（时）阻挡救护者，杖一百。[5]

3. 关于拒绝协助拘捕罪犯之公务。《法国刑法典》第R642－1条规定，无合法原因，拒绝或怠于答复履行职责的法官或安全当局之要求，或者在发生危害公共秩序之场合或其他对人造成危害的场合，无合法原因，拒绝或怠于答复行政主管机关的要求的，处二级违警罪当处之罚金。[6]

《意大利刑法典》第652条规定，“于骚动或现行犯罪之际，受执行职务之公务员或从事公务之人员的要求而无正当理由拒绝援助或借给劳力或报告指示者，处3个月以下拘役或1.2万里拉以下罚锾。”该法第366条还规定，经法院指定为鉴定人、通译、刑事扣押物之保管人、证人，而以诈欺手段逃避出庭或逃避履行其义务

[1] 《奥地利刑法典》，载《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社1980年版，第988页。

[2] 《晋书》卷一〇〇。

[3] 《唐律·捕亡律》。

[4] 《唐律·贼盗律》。

[5] 《大清律·刑律·诉讼》。

[6] 《法国刑法典》（1994年），中国人民公安大学出版社1995年版，第213页。

者，处6个月以下徒刑或1.2万里拉以上20万里拉以下罚金。[1]

《加拿大刑法典》第118条规定，任何人无合理原因于公务员或安全官逮捕人犯或维持治安之际，经合理通知应予协助而不为协助者，为公诉罪，处2年有期徒刑。[2]

《西班牙刑法典》第570条第7项规定，有关当局控诉犯罪案，如提供协助对其本人毫无损害亦无危险但不愿提供协助者，应科以西币25元至1 000元罚金，并处以私下训诫。[3]

中国古代刑律的规定与欧美相通。《唐律·捕亡律》规定："诸追捕罪人而力不能制，告道路行人，其行人力能助而不助者，杖八十；势不得助者勿论。"这一规定，《唐律疏议》说，既适用于"将吏以下据法追捕"，即执行公务捕罪人的情形，也适用于法律上允许百姓捕捉罪犯（"在律听私捕系"）的情形。此条之意，主旨在惩罚不应请求协助拘捕犯罪之公务的人。

我国现行刑法无此规定。当捕罪犯而"力不能制"急需帮助之时，当然也是危急之时（因为常常反被罪犯所伤），能帮而不帮，也是见危不救。但现行法律观念也仅以此为道德瑕疵。

4. 关于公诉罪私和、私匿。《加拿大刑法典》第129条规定，为自己或他人而请求、取得、同意收受或取得财产对价，而同意和解或隐匿公诉犯罪者，为公诉罪，处2年有期徒刑。[4]

中国传统法律在这一方面的规定更是历史悠久。《唐律》规定，

---

[1] 《意大利刑法典》，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1653页、第1569页。

[2] 《加拿大刑法典》，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第2186页。

[3] 《西班牙刑法典》，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1850页

[4] 《加拿大刑法典》，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第2191页。

亲属被人所杀而与罪犯私自和息者，若死者系祖父母父母或夫，则流二千里；系期亲（伯叔父母侄等），则徒2年半。系大功以下亲属（即出嫁姑、姊妹及儿媳等），则递减一等处罚。若在私和中接受他人财物，更依盗窃赃物论罪。即使没有私和，仅仅“经三千日而不告者”，也有比“私和”罪减二等的处罚。这一规定，直到《明律》、《清律》，仍保留此罪名，且规定更有扩大，进一步规定：“常人（为他人）私和人命者，杖六十。”就是说，即使不是私自和息隐匿杀害自己亲属的犯罪，而仅仅是私和隐匿杀害常人的犯罪，也构成“私和”罪，应受杖六十之处罚。

（二）观察与分析

本节考察的四类犯罪，西方法律与中国法律传统不谋而合，却都是今日中国刑法里所没有的。这四类犯罪，一言以蔽之，逃避与犯罪作斗争的义务，怠忽自己对国家社会的这一责任。

这四种刑法规定中的前三类，有一些共同之处值得注意。

1. 其行为均为对“他人侵害他人”的犯罪不加举告、制止或协助制止，即均为对“事不关己”的犯罪事件漠不关心、麻木不仁，听任犯罪结果发生的行为。这通常被认为是无社会责任感或无社会公德心的行为，但被欧美刑法定为犯罪。

2. 不以他人犯罪结果的发生为三种罪行构成及应受处罚的前提条件。就是说，即使行为人怠于告发或制止的犯罪并未造成什么后果，他仍可能受处罚。甚至，为此行为者的刑事责任并不从属于其所怠于告发、制止的犯罪人的刑事责任。即使后者并未受惩罚，前者仍有可能受刑罚。

3. 若这种举告、阻止或协助制止行为有可能给自己或近亲属带来危险（包括刑事责任）时，中外法律一般并不强迫人们“舍己为公”、“大义灭亲”。即是说，只要有此类正当理由，即不受此罪之罚。在这里，法律与道德的界限仍是清楚的：不顾自己和亲属的危险而坚决告发犯罪、制止犯罪，是极高尚的道德行为，只有少数

人能做到，故不可用来要求常人。但是，要求在“事不关己”的犯罪发生时积极同犯罪作斗争，这在我国仍被视作较高道德要求，都被欧美定为强制性法定义务，这是出人意料的。在今日我国，对于“事情关己”的犯罪不告发、不制止者尚且没有刑责，遑论其他！

第四类犯罪即公诉罪私和、私匿行为，既有对犯罪人侵害他人之罪的私自隐匿，又有对犯罪人侵害自己或自己的近亲属的犯罪的私和私隐，而且一般是在被和匿之犯罪已经发生之后，故与前三类犯罪情形不同。[1]

这四种犯罪有一个最大的共同点，就是：都是缺乏正义感与责任感，逃避与犯罪作斗争的责任（或因怯懦不敢同犯罪作斗争，或因贪图财利不同犯罪作斗争），而放任犯罪危害发生或放任社会正义和公道被践踏。这一般被认为是消极懈怠公民义务与责任的不道德行为，但欧美普遍定为犯罪。而且，即使是私和别人对自己而犯的公诉罪也不允许，因为一个人作为私人虽然有权忍受他人对自己所犯公诉罪的损害结果，但作为公民他无权纵容或庇匿同时也严重损害了国家社会利益的任一公诉罪。国家也是任一公诉罪的受害者。作为受害者的个人不能不对另一受害者——国家尽告发犯罪之责。

四、关于其他“道德犯罪”

在欧美刑法中，还有以下一些近似“道德犯罪”[2]的规定值得注意。

（一）妨碍或防止他人救助他人或自己的危难

《加拿大刑法典》第241条规定，阻止或妨害或意图阻止妨害

---

[1] 中国古代刑律中也有“父祖为人杀而私和”之罪名，但主旨在惩罚子孙“忘父祖之仇”、“无大痛之心”

[2] “道德犯罪”，姑且作为对仅仅违反今日我国视为道德的规范却被定为犯罪之情形的总称。因找不到更准确的概念，姑且用此语暂代。下同。

任何人救护自己或他人的生命者，为公诉罪，处10年有期徒刑。[1]

《西班牙刑法典》第489－1条规定，于危难时阻止别人施予救援或不要求别人紧急救助者，应处以长期监禁，并科以西币5 000元至1万元之罚金。[2]

这种规定的“苛刻”是可想而知的。

阻止他人去救助别人，在今日我国通常认为是一种不道德的行为，是冷漠、缺乏爱心的行为，尚不构成犯罪（阻碍公务员救助他人除外）。但欧美竟有国家规定为严重犯罪，处刑高达10年（西班牙的长期监禁，刑期为6个月至6年）。这实在令我吃惊。依此原则推断，若两人共同在郊外公路边发现车祸，驾驶员正流血昏迷，其中一人欲去救助，另一个人硬是将其拖回说：“不要管闲事！”则此人应处10年徒刑。这在中国简直不可想像！

更为“苛刻”的是，不请求、阻止或拒绝他人救助自己的生命或重大危难者也视为犯罪，处刑高达10年，这更是不可思议。依此原则，若有自杀者拒绝他人救援，即使自杀未遂活了下来，仍可能处刑10年。即是说，任何个人无权找死、无权自杀、无权忍受他人犯罪行为给自己造成的重大危险，你的生命和健康、权利不止属于你自己，也属于整个社会或国家，你无权独自毁弃浪费！这大概是受基督教反对自杀（认为自杀是对上帝的犯罪）的观念深刻影响而形成的法条。这种阻止他人救自己的不道德的行为，我们一般认为对他人对社会并无直接损害，应是相当轻的不道德行为，但欧美国家竟有定为严重犯罪者，实在值得我们深思。

---

〔1〕《加拿大刑法典》，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第2253页。

〔2〕《西班牙刑法典》，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1822页。

（二）剥削无助之人及暴利罪

《意大利刑法典》第643条规定，意图为自己或他人不法之利益，利用未成年人的急迫、轻率或无经验，或利用禁治产、准禁治产人的心神丧失或精神耗弱，引导其履行有损害其本人或第三人的法律行为者，处2年以上6年以下徒刑，并科8万里拉以上80万里拉以下罚金。第644条还规定，乘他人急迫，贷以金钱或其他动产，而为自己或他人取得重利或使之给与或期约其他高利性之利益者，处2年以下徒刑，并科4万里拉以上80万里拉以下罚金。[1]

《法国刑法典》第313-4条规定，欺诈、滥用、利用未成年人无知或软弱地位，或者利用因年龄、疾病、残废、怀孕或者精神或身缺陷极易受攻击之人或罪犯明知极易攻击的人的无知或软弱地位，迫使其实施或放弃实施某项行动从而致其受到严重损害的，处3年监禁并科250万法郎罚金。[2]

《西班牙刑法典》第544条、[3]《德国刑法典》第302a条[4]也有同样的规定。这就是欧美刑法中的“剥削无助之人罪”及“暴利罪”。我国刑法及其他刑事规范中均无此种规定（当然，暴利极重者可以视为诈骗）。我国民法通则虽然规定了反对剥削无助之人和暴利行为的基本原则。但在现实生活中，我们一般仅将此种行为视为不道德行为，缺德的损人利己行为，顶多责令负民事法律责任，并不视为犯罪。西方刑法竟定其为犯罪，且处刑可以高达6年，这在法定刑期普遍较短的西方，应是相当重的。

---

〔1〕《意大利刑法典》，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1649～1650页。

〔2〕《法国刑法典》（1994年），中国公民公安大学出版社1995年版，第111页。

〔3〕《西班牙刑法典》，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社1980年版，第1839页。

〔4〕《德国刑法典》，载《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社1980年版，第836页。

重惩“剥削无助之人”及“暴利”罪，也有极浓的惩治“道德犯罪”意味。此两种行为，从道德上言，均属于太严重的“见利忘义”之行，是“损人利己”，对社会治安和秩序并无直接损害，但却严重违背了社会公道或正义的要求，对善良人心风俗是一种严重的腐蚀，故要严惩。一个健康的社会，要尽力保护弱者，不致使“弱肉强食”变成公开的法则。欺负无助之人和危迫之人，雪上加霜，落井下石，是绝对不能允许的。

我们特别应注意到，欧美法关于此二罪名的规定有以下共同性：

1. 均定为公诉罪，而不是自诉罪。这也同样是以国家为受害人，国家（不管受害个人意愿如何）主动负担起控诉责任。

2. 均不考虑这种剥削或暴利行为带来的物质损害后果（如造成受害人衣食无着冻馁等）。只考虑这种恶行对社会公道的损害。这正是以捍卫道德为出发点。

（三）不负责任地售酒他人

《意大利刑法典》第 689 条规定，旅社或其他公开售卖食物或饮料的营业人，公然或于公开场所，对于未满 16 岁之人或显有精神病或精神缺陷的人供应酒精饮料者，处 1 年以下拘役。第 690 条规定，公然或于公开场所提供酒精饮料致使他人泥醉者，处 6 个月以下拘役或 1.2 万里拉以上 12 万里拉以下罚锾。第 691 条又规定，对显然在泥醉状态的人供应酒精饮料者，处 3 个月以上 1 年以下拘役。[1]

《瑞士刑法典》（1971 年）第 136 条规定，以有害或危及儿童健康的含有酒精成分的饮料交付或使交付于未满 16 岁的儿童饮用者，

〔1〕《意大利法典》，载《各国刑法汇编》下册，台湾司法通讯社 1980 年版，第 1663～1664 页。

处拘役或罚金。[1]

这种规定旨在惩罚不负责任的酒商、酒贩，同样是惩罚“见利忘义”、只要能赚钱就不问别人健康或死活的缺德行为。这在今日中国，刑法和治安处罚条例均无规定，民法通则中也无相应原则，顶多视为一件不很道德的行为（还算不上较厉害的不道德）。在西方却竟能处刑至1年拘役，的确是很重的。

这里也是以国家为共同受害人，也定为公诉罪而非自诉罪，也不问饮酒人是否真的发生了损害健康或危及生命的后果。这显然也是在捍卫社会公德，强化每个人的道德责任。这里实际上是强加给每个人保护他人（特别是儿童和精神病人）之义务：售酒时必须审查买酒人是否成年、是否精神病、是否有精神缺陷、是否已经喝醉，甚至是否可能喝醉……这些责任，一般认为显然是道德责任。让酒店老板代家长、警察、医务工作者行使如此多的职责，也够难为人家的。这在习惯于“一手交钱，一手交货，管他是谁买”之生意原则的中国人看来，简直苛刻得难以忍受。[2]这种行为在我国一般都没有任何责任的（除非发生了伤亡后果）。西方人怎么将此事看得如此重？

五、刑法与精神文明关系之思考

通过上述比较，我们发现在道德法律化的主要方面是西方法律与中国传统旧法是不谋而合的。这种规定，我们只要站到稍高的角度上省思一下，会获得一些重要启示。

1．西方资本主义法与中国封建法对“见危不救”、“见罪不斗”

---

〔1〕《瑞士刑法典》，载《各国刑法汇编》上册，台湾司法通讯社1980年版，第1068页。

〔2〕当然，中国古代似乎也有与西方相近之原则。如《水浒传》中武松在景阳冈下酒家渴酒，店主三番五次劝武松少喝，不要超过3碗。后来是因为武松发怒，店家才被迫让武松喝了18碗，这说明那时的售酒人还是挺有责任感的，或者当时有类似西方上述规定的法条。

问题基本上采取相同的立场，这说明这种立法选择具有超出阶级、主义、制度的文明属性。资本主义道德以个人主义、自由主义、权利至上为宗旨，封建主义道德以身份依附、义务至上、干涉主义为宗旨，两者有着根本的矛盾，但都不约而同地“强人所难”，逼人“见义勇为”。这说明，法律上的这一选择与特定的阶级、主义没有多大关系，而与各类国家不得不面对的共同问题（如政府与国民的关系、国民与社会的关系）相关。我们社会主义国家若存在着同样的问题，可能就不得不采取同样的选择。

2. 惩罚“见危不救”、“见罪不斗”之法无疑是把我们现在尚当成道德义务的行为要求上升为法律义务，对人们提出了更高的道德要求，其宗旨无疑是为了强化道德、弘扬道德。社会主义本来就是比封建主义、资本主义更强调社会公德的主义，是更重视人的社会属性、社会和谐、社会义务（更反对“不管他人瓦上霜”）主义，我们没有理由对国民的道德要求更低，没有理由不立法逼人“见义勇为”。社会主义若不特别强调这一“义”，还有什么？

3. “见危不救”、“见罪不斗”行为的实质属性决定了它们应当被定为刑事犯罪。它们的实质属性有两方面：一方面，如“见危不救”之行为，能救助或能唤起救助而故意不为，实为坐视、纵容他人生命、健康等重大损害的发生，说明这种损害结果并不违背其内心意图，这与加害人或造成危险之人的心理状态没有本质区别。如“见罪不斗”行为，能斗争而不斗争，坐视犯罪危害后果发生，其心态与前者也差不多；另一方面，“见危不救”、“见罪不斗”行为常常成为实际危害结果发生的重要条件之一。若无此一条件，若“见危而救”，损害结果大多不会发生。这就是说，这种行为与他人损害之间也有一定程度的因果关系。基于此种实质属性，我们能将其仅视为不道德行为吗？刑法上既因严重危害结果的发生而追究许多过失犯罪（包括不作为），当然也应因严重危害结果而追究“见危不救”这种不作为的丑恶行为，因为“见危不救”者主观过错或

恶意（坐视、纵容）远比过失犯罪严重、更可恶。

4. “公民”既然也姓公，当然就对国家社会有部分类似“公务员”的“公职公责”。“见危而救”、“见罪而斗”就应是这种“公职公责”的最重要一种，它应该远比纳税、服兵役、受教育、劳动等更重要。因为它涉及最起码的人道，涉及人类最基础的“社会”秩序。即使国家不存，社会不可不有，同类相怜相救的义务应大于政治义务。即使强调人们是“私民”（“市民”），也不妨碍将“见危不救”、“见罪不斗”定为犯罪。

中国法律传统的总原则是“德主刑辅”，主张“刑以辅德”、“刑者德之助”、“礼表刑里”、“出礼入刑”，或“大德而小刑”、“重德而轻刑”。用今天的话来说，就是道德教育为主、刑罚惩戒为辅，惩戒的目的是为了辅助道德教化。道德教化要达到什么样的状态呢？儒家要“人人皆可以为尧舜”、“制礼乐……将以教民平好恶而反人道之正”，要像尧舜那样品德高尚、有爱心、有责任感；法家讲要“德明教行”、“父慈子孝”，[1] 也是强调使人们有道德责任感。但用什么方式使人们达到这种高尚状态呢？儒家主张主要用教化、礼乐等引导或奖赏方式；法家则主张主要用刑罚威逼的方式，即制定“使大邪不生、细过不失”、“深督轻罪”的法律，甚至定出了“弃灰断手”、“拾遗者刖”之苛法。[2] 从前人们总据此认为法家的法律惨苛无度，“反道败德”，其实是误解。法家不过是想通过这种“使细过不失”的法律强化人们的道德行为习惯。“弃灰于道”和“拾遗”均不过是道德上的小亏（“弃灰”可能掩人之面、污人之目或衣，还破坏了环境卫生，“拾遗”则是典型的道德不检点之极小过错），竟以断手断脚之重刑对付，其故安在？法家当然不是故意以杀人刑人取乐的暴徒，他们有他们考虑。《管子》陈述法家

〔1〕《孟子·告子下》、《礼记·乐记》、《商君书·壹言》、《云梦秦简·为吏之道》。

〔2〕《商君书·开塞》、《汉书·五行志》、汉桓谭《新论》引《法经》。

主张“深督轻罪”、“细过不失”的理由是：“明君闭其门、塞其途、翕其迹，使民毋由接于淫非之地，是以民之道正，其行善也若性然。”是要使官府对百姓的那些苛刻要求“藏于官则为法，施于国则成俗”。[1] 最后达到道德要求与法律要求完全统一——习惯成自然，法律的苛求变成了民众的道德习惯乃至本能本性了。这是一种多么美妙的理想！这种理想，法家认为只有在驯兽般地赏刑并用（大棒与糖块并用）过程中使百姓渐渐习惯，并不一定要求你理解认同。这就是法家主张的“法治”。法家立法的全貌今不可知，《云梦秦简》所反映的秦国法律可见一斑（盗一钱桑叶即视为重罪）。如果说“法律是最低限度的道德”的话，那么可以说，法家对人们提出的道德要求远比儒家高，法家更多地把轻微违德行为视为严重犯罪。[2] 同样，在法家思想或受法家影响的立法中，远比儒家更为强调个人对国家、对社会区的责任。如管子和商鞅“令民为会什伍”、“守望相助”，即互相救助危难；“牧司连坐”，“奖励告奸”，即强迫人们随时察举犯罪。汉代以后，法家的此种主张都融人了法律，如谋反、谋叛、谋大逆等国事重罪强迫人们举告，强迫人们协助官府抓罪犯。又如南北朝时有“邻伍遭劫不赴救”之罪名，强迫人们在邻居遭抢劫时与盗匪作斗争；唐朝还有禁止“避质不格”之法，即在发生绑票案时，强迫人们不顾人质安全与绑匪格斗。但我们应注意到，中国传统法虽然有这类规定，但都是从“防治奸匪”的角度出发，都是从个人对国家应尽的“为国除奸”义务的角度出发，极少从个人对他人和社会生活的义务角度出发去订定强化道德的法条。如从先秦至清末，我找不到一条强迫人们去救助他人的自然或意外危难（犯罪除外）的法条。

---

〔1〕《管子》“八观”、“立政”。

〔2〕这里只要将“一准乎礼、而得古今之平”的《唐律》与法家的《法经》、《云梦秦简》、《商君书》、《韩非子》中的苛刻行为要求比较一下，就可以看出这一反差。

西方的法治，近代史以来，国人习惯上将其与我国古代商韩式“法治”混为一谈。最为典型者是梁启超先生。他几乎把商韩治国模式与西方国家视同一事，都名为“法治主义”。今人当然能认识两者的不同，但是两者形式上的极为相似是不可以否认的。除了不重视道德教化手段、排斥个人意志擅断、要事事皆有法式，法网周密、主张一切依法而行、甚至主张“恶法”也必须遵守、主张适用法律不分亲疏贵贱（反对特权）等方面的巨大共性（至少表面上的共性）之外，两者之间还有一个从前人们并未明确注意到的共性，即把尽可能多的道德要求纳入刑法；更多地注重通过刑法逼使人们形成良好的道德行为习惯；更多地注重社会道德、国家道德（即作为社会成员和国民应遵守的道德）而不是私家道德（对亲属的道德）。也许正是这一共性才使本文研究的课题有特别重要的现实意义。

本文所列举表明，欧美刑法的确纳入了许多原属道德义务的内容。这样做，显然也有与我国先秦法家同样的目的：逼使民众“行善若性然”，使这些道德要求“藏于官则为法，施于国则成俗”，使国民习惯成自然地养成对国家、对社会、对同类的责任感。这一目的，欧美显然部分达到了。我们虽然不能否认欧美也有凶杀、恐怖、强奸、抢劫，但是也不能不承认，在欧美的社区、社团里，人们之间的热情、爱心、互助、勇敢，的确比东方国家要好，其社会责任感和人道主义情怀，是自孙中山以来许多旅行欧美的中国人赞叹不已的。[1] 一个婴儿被绑票杀害，可以引起十万人集会游行伤悼亡灵并抗议治安恶化；一名外国打工者被本国极右势力杀害，也

[1] 1896年，孙先生本人被中国驻英使馆诱捕。其消息透露后，伦敦民情激愤。是康德黎先生和英国人民共同救了孙先生。不然孙先生难逃以木箱海运回中国被清政府处死的厄运。设想一下，假如在今日中国，若有某外国使馆捕该国逃亡中国的政治犯，会引起人们如此大的同情、抗议和集体救护行为吗？

可以引发大规模的悼念及抗议；一段警察殴打公民的录像带，可以引起全国性的抗议波澜（当然也有种族原因）……这种悲天悯人、同类相怜、博爱群生、民胞物与的情怀或习惯的养成，大约与本文里所列举的这些道德责任法律化之规范的长期驱迫有重要的关系。在中国，这样一些事由都是不会引起大众同样的反应的，多少更可怕的事情大家都习惯了，“反正那是别人的事”，只要眼下还没有轮到自己遭受同样不幸，便可以对一切社会危难或他人犯罪不闻不问、漠不关心。[1]

欧美法律采取此种道德化苛求原则，当然不能与我国法家之主张完全等同。我国法家更多地是从个人对国家的责任（如告奸）的角度来考虑，而欧美法则更多地是从社会本位、社会义务、人道责任的角度来考虑的。

现代西方法律传统立足于“社会本位”，认为维护社会群体生活之秩序，臻进社会和谐安全与幸福是法律的根本目的。因此，法律当更多地考虑社会公共利益，在不违背个人根本的自由与利益的前提下，强调个人对社会负有一系列义务，此即“社会义务”，通常是所谓“公德义务”。但西方法律把它们的许多公德义务变成了法律义务。例如，本文里所列举的“见危难必报告”、“见危难必救助”、“不得遗弃任何弱者”、“见犯罪必报告”、“见犯罪必斗争”、

[1] 1994年初“千岛湖惨案”是一典型例子，3名罪犯竟能逼着32名乘客船员乖乖下到舱底等死，毫无反抗。这时不外一种心态：也许不会害我，只害别人；谁反抗，谁先替大家死，划不来。这种“待宰绵羊”心态，也许正是1937年南京大屠杀中，日军肆其凶虐竟几乎未遇到什么抵抗的原因之一。据有的文章提到，日军有时仅一小队士兵，竟能屠杀数十倍于自己的中国军队投降官兵。另据张爱萍将军回忆，在日军侵华期间，他的故乡一个县十万军民百姓竟被一个小队日本兵赶得东躲西藏，狼奔豕突，并被屠杀无数。日本侵略者的残酷遇上了当时国民的冷漠、怯懦，结果使惨剧扩大了无数倍。设若国民爱同类、助同类之心较共，有责任感和勇敢，每逢危难暴行时挺身而出勇敢反抗，甘愿牺牲自己乃保全同胞，则侵略者屠杀的机会少十倍、百倍矣。

“见冤狱必代申诉”、“不得见利忘义”、“不得阻碍别人救自己”等法条，若在“个人本位”的考虑下，显然有侵犯个人权利和自由的“苛法”之嫌。因为依庸俗的个人主义原则，每个人只要不给他人造成危难，不对他人犯罪、不遗弃有法定义务养护的人、不诬告虚告、不阻碍他人救人就够了（此即所谓“各人自扫门前雪，哪管他人瓦上霜”），岂可指望更多！只要做到勿害他人就可以了。古希腊罗马所谓“自然法”的三大原则不正是“正直地生活，勿害他人，各得其所”吗？“勿害他人”就是法律和道德的界限。但是今天，欧美法要求人们的，远远超过“勿害他人”，而是要求“主动帮助他人”、“主动制止害人行为”，要求个人成为社会福利和安全的监督者、保护者，要求个人代行公共机构、福利官和警察（治安官）的部分职能。当然，西方此类规定也许不仅仅出于社会福利、秩序和谐之考虑，也许还有“人道责任”考虑。每个人对自己的同类负有一份责任，对生命这种价值极高的造化负有一份责任，任何人都有义务爱生命、救生命。不得坐视生命的非常毁损。推而极之，每人都对自己的生命也有一份责任，无权自作主张毁损之。这有基督教教义影响。这些大概就是西方上述法律规范的产生动机和背景。我们以前的教科书常说西方法的这种“社会本位”倾向是资本主义进入垄断帝国主义时期后，是为了进一步强化国家暴力镇压机制、进一步控制劳动人民、进一步限制或缩小人民权利自由而做出的反动立法。今天看来，事实真的如此吗？今天我们还能这么看吗？

欧美的上述立法应使我们警醒，应给我们许多启示。中国传统立法特别注重个人对家族、对亲属的义务，也注重对国家政权的义务，但基本上不注重个人对社会群体生活秩序的义务。新中国成立以来的立法，几乎只注重个人对国家政权的义务，仍极少有关于个人对社会群体的积极义务的规范。个人对社会，仍只是有“消极义务”——不杀人、不放火、不抢劫、不盗窃、不破坏公共安全……几乎见不到一条关于公民个人对社会生活的和谐或秩序的“积极义

务”——如上述欧美规范的规定。这种“有国家无社会”的思路，与中国传统政治思维是一致的。

我们当然不能满足于“消极义务”。我们实行的是“社会主义”，是重视社会公共利益、公共安全、社会和谐的主义，是重视社会团体的积极作用，以社会团体为社会生活之重要角色的主义，是尽可能实现社会自治、淡化国家机器作用以期最后消灭国家的主义。社会是人们相互依存的摇篮和家园，国家只是帮助人们进到这一家园的过渡工具而已。既然秉持社会主义（而不是“个人主义”、“国家主义”），我们岂能不格外地重视社会和谐，岂能不强调个人作为社会成员的积极义务或责任！欧美资本主义尚能如此惩治“见危不救”、“见罪不斗”、“见冤不申”，“见利忘义”，我们岂能坐视社会公德的衰落！

对社会生活的积极义务，正是精神文明所系！

第十二章　公民社会决定法治：从西方经验看中国

"法治"，这是中国近百年来有识之士梦寐以求的境界。自清末变法以来，国人多以为，只要有华盛顿、杰弗逊那样的开明元首领导一个高效、廉洁、强有力的政府，制定出符合民主精神的法律，使"事事皆有法式"，就可以自上而下地实现法治，使中国臻于富强。

这其实是一种误解，误我国人不浅。今天，当我们冷静地回顾近百年法治努力时，就不能不承认：我们疏忽了"法治"的主旨；我们仍没有明白"法治社会"的根基必须深植于"公民社会"。

"法治社会"（society ruled by law），其含义应从两个方面去理解。它一方面是指民主理性的法律规范调整一切社会生活。这里强调的是，法治的目标在于公民社会生活的理性化、民主化、自律自治化；而不仅是国家在社会里得心应手地运用权力实现既定任务。另一方面，"法治社会"是指依理性民主的法则形成的自主的健康发达的公民社会组织。这里强调的是，它是公民为实现共同理想福利而聚成的组织，慎勿以它为国家机构的附设部分或施政设施。

综合上述两个方面的含义可知，"法治社会"的主旨在于"公民社会"（"社会"在这里包括社会组织和社会交往秩序两重含义）。公民社会与法治社会的关系，是我们不能不严肃认真地去探讨和认识的。是否弄清了这一关系，事关"法治"的成败。

有着比较悠久法治传统[1]的欧洲大陆的法治实践史，向我们演示了公民社会与法治社会的关系。这一关系，可以从以下三个方面或角度去认识。

一、公民社会是法治社会的前提或基础

“公民社会”（civil society，亦称市民社会），[2]即享有独立的人格和民主自由权利的平等（至少名义上如此）个人之间的交往关系暨组织形态。从西方法治实践来看，它是法治社会的前提和基础。

这种有独立的权利自由的个人组成的“公民社会”早在古希腊罗马时代就有了。甚至在国家形成以前，就有了这种独立自立的自由民社会。如英雄时代的雅典，氏族部落内设全体有权利的自由民组成的“人民大会”，讨论表决一切公共事务，设“人民议事会”和“王”（勒克斯）负责执行。“人民议事会”有时还负责审判。这种原始的自由民社会在进入国家状态时即是“公民社会”，它正是后来雅典城邦法治的源头、前提和基础。在古罗马“王政时代”，罗马即形成了自己的社会管理组织“库里亚”大会即公民大会，负责议事、立法。还有氏族贵族组成的元老院和王（勒克斯）负责执

---

〔1〕“法治”包括不同时代不同历史形态的“法治”，如古希腊罗马城邦民主制时代的法治，中世纪商业城市法治、近现代资本主义法治，等等。但三者之间具有一定的共性，如至少名义上一切权力属于公民全体，法律高于元首或首脑，法律面前人人平等，人民大会或人民代表会议议事立法制度，司法机关相对独立行使审判权，等等，我正是在这些共性的意义上使用“法治”一词。

〔2〕Civil Society是一种独立于国家的私人自治领域。这种自治领域，从它共谋政治即与国家政治的一致性来讲，是公民社会；从它与政治分离或与国家的分界角度来讲，是市民社会。实则同一事物的不同视野成像耳。本文正是从此一意义上来使用公民社会（市民社会）一词。吾友徐国栋认为“市民与公民的区分”标志着“市民社会与政治国家的区分”（徐国栋：“市民社会与市民法”，载《法学研究》1994年第4期），实则以为“公民”概念完全属于政治国家，是政治国家的组成部分。我以为不妥，在法治国家，“公民”仍是一种私人权利身份或“自治状态”，公民以“自治事务”观念来决定国家政治，公民不是国家的附庸。

行、审判等。这种公民社会组织也构成了古罗马共和国法治的源头、前提和基础。

进入阶级和国家以后，希腊和罗马的“公民社会”形态体现为城邦形态。polis（城邦）就是当时公民社会的最高形态；polites（城邦的人，即公民）即是城邦的公民身份。“这是一个既超越血缘关系又超越王权专制的带有某种普遍性的法律资格概念。”[1] 这种资格概念是“法治”的第一基石。在古希腊，这一资格拥有者的范围是在逐渐扩大的，其范围与“法治”的真正实现程度是成正比的。关于公民社会与法治城邦的这种关系，亚里士多德曾有明确的解释：“（1）凡是有权参加议事或审判职能的人，我们就说他是那一城邦的公民；（2）城邦的一般含义是，就是为了要维持自给生活而具有足够人数的公民集团。”“城邦本来是一种社会组织，若干公民集合在一个政治团体以内，就成为一个城邦。”[2] “城邦不论是哪种类型，它的最高法治权一定寄托于公民团体，公民团体实际上就是城邦制度。”在城邦里“公民是自己的主人”，“轮番为政”，“公民完全平等”的统治状态就是早期的“法治”。因此，是公民社会发明了法治，国家不过承袭了公民社会的模型而已。

关于这一点，林毓生先生也有精辟的说明：“西方的公民社会，最初与古希腊城邦（polis）范围相同，从政治的观点看，雅典是城邦；从社会的观点看，雅典是公民社会。这个社会里的政治问题，是这个社会里公民所面对的公共问题（即社会问题。——引者注）。政治问题是经由公民们参与（讨论、表决、执行）的政治过程中处理与解决的。”[3] 在共和时代，平民社会壮大、斗争及后来平民社

---

〔1〕 夏勇：《人权概念起源》，中国政法大学出版社1992年版，第76页。

〔2〕 [古希腊] 亚里士多德著、吴寿彭译：《政治学》，商务印书馆1995年版，第113页、第119页。

〔3〕 林毓生：“创造性转化的再思与认识”，载《公共论丛》1995年第1号，三联书店1995年版，第244页、第246页。

会与贵族社会的合一，最能反映公民社会作为法治的前提或基础的规律。自公元前494年开始，平民社会为反抗贵族垄断政权及专横压迫，多次举行"撤离运动"（如第一次是撤到罗马附近阿里奥河对岸的圣山上）。他们在外敌入侵时，携带武器撤离，拒绝出征打仗，迫使贵族与之谈判并做出让步：由平民推举保民官；只要执政官的政令侵犯平民权益，保民官有权加以否决；承认平民有权按部落的地区举行平民会议，由保民官召集和主持，承认平民会议的决议可对平民发生法律效力。[1] 后来，平民会议的决议凡经森都里亚大会认可，即对全体罗马市民生效；最后，平民会议决议无须经批准直接与森都里亚大会决议一样对全体罗马市民生效。[2] 到共和末年，平民和贵族差别消灭，平民会议就不存在，与公民会议合一了。[3] 平民社会的上述斗争及成果，奠定了罗马共和时期法治的社会基础。

关于此点，有人也许认为平民会议、保民官等是罗马共和国政权组织的一部分，不当视为公民自治社会。对此卢梭有独到的见解，他认为罗马保民官是一个"团体"，"决不是城邦制度的一个组成部分，而且也不应该具有立法权或行政权的任何一部分"，"它有时可以用来保护主权者（人民）以对抗政府，就像人民的保民官在罗马所做的那样"。[4] 其实，平民会议及保民官组织正是公民个人与国家之间的一种对法治有极重要意义的社会组织。那时的罗马人民即形成了我们中国今日的百姓仍难以理解的共识："任何高悬在人民头上的法律都是他们自己给予执政官的。这些，而且只有这些，才是他们可以引用的。决不许他们把自己的放肆和任性当做法

〔1〕 陈朝璧："罗马法的历史地位和借鉴作用"，载《厦门大学学报》1979年第2期。
〔2〕 周枏：《罗马法原论》上册，商务印书馆1994年版，第33页。
〔3〕 周枏：《罗马法原论》上册，商务印书馆1994年版，第41页。
〔4〕 [法] 卢梭著，王运成译：《社会契约论》，商务印书馆1980年版，第160页。

律。"[1] 从这里我们可想而知当时的罗马公民社会是一种什么样的公民社会，在这样的公民社会基础上建立的国家岂能不"法治"。

欧洲的法治从古希腊、罗马的城邦法治到近现代的资产阶级法治，中间经历了一个漫长的反法治的黑暗时期。但即使在这一时期，欧洲大地上仍广泛地存在各种形态的公民社会。这些公民社会，在相当程度上制约了中世纪的封建专制，也开了近现代西方资产阶级民主法治的先河。这里比较典型的例子是 7 世纪开始在法国、德国、英国、意大利等国家兴起的城市公社（commune）。自中世纪中期开始，手工业者和商人聚居在封建领主的领地内，渐渐形成了一些工商业中心。为了反抗封建领主的专横剥削和欺诈，市民们进行了长达数世纪的不懈斗争，在付出了血和生命的代价或巨额赎买金后，法国的康布雷、圣康旦、博韦，意大利的米兰、佛罗伦萨、威尼斯，英国的伦敦，德国萨克森、威斯特伐里亚等许多城市先后获得了独立，他们从领主那里获得了"特许状"，有的城市市民互相宣誓结盟，称为"誓盟城市公社"。他们自己选举市长，成立市议会，制定城市法，成立城市法庭，实行古希腊罗马城邦式"法治"。[2] 这是典型的地方自治社会。这些"自治城市公社"，在 12 世纪至 15 世纪间达到全盛，如仅英国就有十多个。[3] "首先，每一个城市公社都可以在某种程度上看做一个独立的政治单元，在意大利和法国把它称之为城市国家或小共和国，它最重要的意义是与外部的专制君主等政治势力之间形成了相对独立和相对自治的关系。""其次，在自治的城市公社内部形成了一整套合乎商业资本主

[1] [古罗马] 李维：《罗马史》第 3 卷，《罗马共和国时期》（上），三联书店 1957 年版。

[2] 张芝联：《法国通史》，北京大学出版社 1988 年版，第 115 页。

[3] 张芝联：《法国通史》，北京大学出版社 1988 年版，第 115 页。

义发展并由市民等级自己建立起来的理性化的社会制度。"[1] 这种城市自治公社是近现代西方法治社会的雏形或源头。

现代西方法治同样建立在发达的公民社会基础之上。以19世纪欧美的"结社运动"为例。19世纪中叶，欧洲处在革命之中。在许多大城市，广大工人、市民在互助等名义下结成成千上万协会团体。这些"自发地诞生于人民阶层中间的"协会团体建立了社会的内部管理机制，每个会员确信最高权力在于全体大会，全体大会每年选举行政机构并讨论议决关于整体利益的大事。协会行政机构拥有广泛的行政权力，但做出重大决定必须经会员大会批准。协会的账目要由大会选举的审查员核查。当时，结社的倡导者们一再重申：结社自由是民主的市民生活的基础。因为它一方面是反对随心所欲绝对权力的保障，另一方面又是公民权利的具体实施。习惯了结社生活便是习惯于民主生活。"协会"运动是"社会契约"在新时代的缩影。"如果说结社是为了某一共同目标而自愿实现的一种社会结合的话，那么，就应该承认，从本源上讲，民主就是一种结社。结社与民主之间的这种深刻的联系使我们可以肯定，在不允许成立以社会目标为宗旨的和平结社的地方，是不可能存在民主的。"[2] 直到今天，西方法治国家内公民结社仍是现代资本主义法治的基础。今天欧美社会公民团体（无论是政治团体、文化团体、经济互助团体还是宗教团体等）之多，让我们中国人难以想像。一个人同时是多个团体的成员，一千人中甚至可以存在一千个团体。每个社会中都有一种"宪法"般的原始章程。其修改章程或做出决议时的程序严肃程度，不亚于国会；其社员大会对负责人的监督，

---

〔1〕方朝晖："市民社会的两个传统及其在现代的汇合"，载《中国社会科学》1994年第5期。

〔2〕［意］萨尔沃·马斯泰罗内：《欧洲民主史》，社会科学文献出版社1994年版，第118～125页。

俨如政府首脑与国会间的关系。其实践民主法治早已达到了“自然而然”的程度，不用任何外力督促。美国学者罗伯特·达尔说：“如果说美国是因为有了宪法才保持民主，这对我来说是本末倒置。如果说因为这个社会基础上是民主的，宪法才保持下来，这听起来似乎不对。但实际上却正确得多。”[1] 这相当准确地解释了法治国家对民主的公民社会的依赖关系。没有这些无处不在的公民社会的“法治实践”，“法治国家”则无处扎根，将成为无“皮”之“毛”。

二、公民社会生活是法治规则的源泉

西方社会法治史还表明，“公民社会”的生活秩序是法治社会的基本原则乃至具体规范的源泉。

古希腊的“法治”原则及广泛的规范体系，来自150多个希腊城邦社会的“宪法”和“法律”，亦即150多个公民社会的既有习惯法和人定规则。这一点只要看亚里士多德的《雅典政制》就可以明显认识到。梭伦变法，打破贵族的世袭特权，代之以财产的法定资格，扩大公民范围，平民得以参政，外邦人可获公民权，禁止人身奴役和奴隶买卖，容许遗嘱自由和土地的转让与分割。这些规定，正体现了人格平等自由、订约自由、交易自由等市民社会或公民社会的根本要求。“从此以后，雅典进入‘法律’统治……希腊城邦制度中的法治传统，遂于此奠定。”[2] 在希腊化时代之初，各城邦就形成了“国际私法”原则和冲突法规范，“商事法庭”的仲裁法直接从商人社会惯例中产生。后来形成了所谓“普通法”，即“从各城邦（社会）法律中抽象出来的一些凡希腊人都可以理解和接受的法理原则”。[3] 从这些平等成员组成的商人社会、市民社会

---

〔1〕 转引自顾昕：“以社会制约权力”，载《公共论丛》1995年第1期，三联书店1995年版

〔2〕 顾准：《希腊城邦制度》，中国社会科学出版社1982年版，第124～125页。

〔3〕 由嵘主编：《外国法制史》，北京大学出版社1992年版，第49～50页。

（或公民社会）乃至各相对独立自主的城邦之间的“社会”产生出来的法则，当然必然体现市场上的公平、竞争、平等和自由，服从共同标准或惯例的精神。

古罗马也是如此。如《十二铜表法》，共108条，其中仅第八表、第九表两表中有17条可以视为刑事规范，其余全部是关于债务、契约、继承、所有权、占有、土地和房屋、监护、家长权及主体资格、侵权行为等民事规则及诉讼规范——这与我国大约同时期出现的《法经》成鲜明对照（它的盗、贼、囚、捕、杂、具六篇中，没有一条是民事法）。[1] 这些都是社会或公民社会在契约订立和履行过程中必不可少的前提，它后来逐渐发展成为庞大的“市民法”体系。这些规范都是从罗马市民生活的既有秩序中总结记录升华而来的。没有那样的市民生活秩序存在，则不可能有“市民法”和“法治”。尊重市民社会的秩序或惯例在当时就已成为自然而然的事情。国家在法律形成过程中有时对社会既有习惯规则相当尊重，宁可“萧规曹随”。如古罗马时有一个船只遇险案件报请安东尼皇帝裁决，安东尼拒绝使用自己的权力去制造一个新判例，而是说：“海的主宰是习惯。让这个案件由罗得安斯海法来解决吧。这个海法是我们已经接受的。”[2] 这个习惯，正是当时港市市民社会生长出来的规则——海商法。

在中世纪中后期，欧洲城市法特别是商法的产生与发展，更体现了市民社会的精神和规则。这些城市法，实际上是“自治城市公社”的自治规则。如11世纪至15世纪先后出现的《巴黎习惯汇编》（法国）、《多托沙城市法典》（西班牙）、《萨克森市管辖法》（德国）、《热那亚城市法》（意大利），等等，大都初具“私法法典”规模，它们基本上是城市市民社会习惯的记载及城市自治法庭判例

〔1〕张中秋：《中西法律文化比较研究》，南京大学出版社1991年版，第101页。
〔2〕陈盛清主编：《外国法制史》，北京大学出版社1987年版，第125页。

的整理及市议会的立法，它们又是后来欧洲大陆各国民法及商法的源头。更为典型的公民（市民）社会规则是这些城市里的商人公会的章程及它发布的规范性文件（如意大利的商会经常发布调整工商业活动的规章，但不得与市政当局的总体性法律相冲突），以及商人法庭形成的判例。它们都贯穿了罗马法的内容和商业习惯，这都开启后来欧洲各国统一商法之先河。商人社会的自治为后来的资产阶级国家法治进行了原则探索和操作实践。

三、公民社会是法治的重要执行者

从西方法治实践史中还可以看到，公民社会还是法治的重要执行者。它决不仅仅是法治的被执行者或被“法”所“治”的对象客体。[1]

说“公民社会”是法治的执行者，至少包括三个方面的意思：(1) 公民社会在法治中是积极、主动的角色，它把法治当成自己社会的公共事务来处理，以此促使国家不能不法治。它不仅仅充当被法所治的角色，不仅仅把法治看成国家施政。它这样积极地依法治原则管理自己，使自己的社会团体成为国家法治的一个成功的组成部分。(2) 公民社会进行某种合理的“社会司法”[2]是国家实现法治的强大推动力，也解了国家司法捉襟见肘之困。国家绝对不能仅靠国家机器维持社会一切运转秩序。(3) 公民社会是保障人民权利自由和制约国家权力的重要工具。“独立的社会组织在一个民主制中是非常值得需要的东西，至少在大型的民主制中是如此。其功能在于使政府的强制最小化，保障政治自由，改善人的生活。”此即著名的“以社会制约权力”理论。[3]

---

〔1〕 如我们今日所言“依法管理各种社团”。

〔2〕 指社会团体依法进行某种类似审判活动以惩恶扬善、排解纠纷。

〔3〕 转引自顾昕：“以社会制约权力”，载《公共论丛》1995年第1期，三联书店1995年版，第164页。

公民社会对内进行着“法治”式的自治（“行政”、“立法”、“司法”），对外又辅助并监督、制约着国家权力，在这种情况下，我们怎么能不说它们是法治的执行者。若按传统观念，人民代表机构立法，政府和司法机关执法，社会团体和公民个人只轮得上守法了。然而这种观念早已过时了。当一国之内所有公民团体的自治达到“联合自治”的状态，国家真的就变成了最高形式的社会。

我们试以“社会司法”方面为例看公民社会执行法治功能。古希腊城邦与社会合一时期，“凡得参加司法事务和治权机构的人们”亦即公民“轮番地为统治者和被统治者”，[1] 他们通过出席陪审法院（赫里埃）做审判员[2] 和出席公民大会做立法成员的形式做“统治者”。比如“赫里埃”法院，其成员由每个部落各选 30 岁以上的男性公民 600 人，10 个部落共选 6 000 人共同组成。在当时由于数量颇大的妇女、外来人、奴隶无公民权，故有公民权者在雅典城邦最高不超过 6 万人，[3] 竟有 6 000 人同时参与司法（分为 10 个审判庭，每庭 600 审判员，且这 6 000 人的职务也是轮流的）。还有所谓“贝壳放逐”司法，这是全城邦公民一齐出席的最大法庭的审判活动，如超过 6 000 人支持放逐某罪犯，则将该罪犯放逐到城市社会以外 10 年。这种司法，实在只好叫做“社会司法”，与我们通常概念中的国家司法有天壤之别。这种把国家政治社会事务化的做法，与中国古代“圣者作法而愚者制焉、贤者作法而不肖者拘焉”[4] 的观念及社会事务国家政治化的做法形成鲜明对照。

中世纪欧洲自治城市公社中的商会、自治法庭和行会等更能反

〔1〕［古希腊］亚里士多德著，吴寿彭译：《政治学》，商务印书馆 1983 年版，第 111 页、第 4 页。

〔2〕旧译“陪审员”不妥，因为“陪”总有从属性，而古希腊公民轮流做法官并无从属性质。

〔3〕《顾准文集》，贵州人民出版社 1994 年版，第 72 页。

〔4〕《商君书·定分》。

映“社会司法”的典型方式。在意大利，商人公会有广泛的商务管辖权，它“适用伴随商业发展而产生的规则，处理本地商人之间或本地商人与外商之间的法律纠纷问题”。后来形成了由商人主持的“特别商业法庭”，后来还有“商事混合法庭”，专理本地商人与外商间纠纷。在北欧各国，也出现了商人公会和市场法庭。在英国，商会有时对某些商事争端做出裁决，组成所谓“泥足法庭”（由于赶集小贩经常灰尘满鞋而得名），法官由参加集市的商人担任，专门即席审理发生在市场上的民事纠纷和轻微违法行为。[1] 甚至在带有封建自治性质的行会组织（“基尔特”等），都设有自己的法庭，审判有关破坏行会章程的案件。[2] 那些商人法庭到近代大多转化为半官方的，但其广泛的陪审制度仍使其具有浓厚的社会司法性质。

现代西方社会团体的“法治”执行角色也在许多方面表现出来。特别是市镇自治，市镇里的公民社会就是个区域的法治的执行者（严重案件除外）。各种经常因具体事件而成立的类似于“道德法庭”性质的“市民法庭”、“人民法庭”，在社会秩序中扮演了重要的角色。工会等人民团体在今日西方，对工人自治及内部权益纠纷的调处，仍有不可低估的作用。

这里我只举了“社会司法”方面的例子。其实，社会自治、社会司法、社会制约权力三个方面都是实现或执行法治的重要力量。西方的法治就是这样进化的，中国的法治大概也不能不充分发挥社会的主动性、积极性及重要作用。

四、中国公民社会的积弱与健全之道

“公民社会”是法治的前提、基础，又是法治原则及规范的源泉，还是法治的主要执行者。只有健全的公民社会，才有可能形成

〔1〕 由嵘主编：《外国法制史》，北京大学出版社 1992 年版，第 126～129 页。
〔2〕 陈盛清主编：《外国法制史》，北京大学出版社 1987 年版，第 121～122 页。

促进法治的巨大力量。以为仅靠政府依强有力的国家施政去推行贯穿了民主法治精神的法律制度就可以自上而下地实现法治，这是误解。没有公民社会的力量是不可能实现法治的。这一道理，在西方是几千年社会发展的事实，不言自明，然而中国人却是相当陌生的。

传统中国从来就没有“法治”的观念及事实，究其原因，就是因为中国从来没有过作为法治前提或基础的公民社会。自古迄近代，中国从来就没有过独立自主自由的公民身份，从来未曾以个人为本体或本位。在那漫长的时代，身份法或身份规则是一切社会关系的基础，个人从来是作为宗族的“零部件”而存在的。表面上看，虽曾有过家族、行会、帮会（江湖）、僧道、士林等民间社会，但它们通行的都是人身依附规则即个人格被吸附消溶于集体人格中的规则，[1] 具体地说，都通行宗法规则及其引申规则，从来就没有通行过西方公民社会或市民社会那样的契约规则。甚至主张“众生平等”、主张超脱于君权、父权之外（故被人讥为“无父无君”）的佛道社会，也有所谓“三纲”，将内部关系比于父子关系或家族组织。[2] 上述五种中国传统民间社会，在中国的近现代革命中，并未能转变为公民社会，而是宣告死亡了。然而，死又没有死断根，仍在相当程度上遗魂不散。

中国近代史开始以来，人民也不断尝试按西方公民社会结社方式组织新的社会——政治社团、互助会、学会、职业协会、工会商会，等等。然而，由于文化深层的冲突，这些社团很难按法治精神和契约精神及规则巩固和运转，大多如朝菌惠蛄般生灭。其幸存者，有的不是因为成员的自治力堪以自存，而是因为国家力量（如

---

[1] 范忠信、郑定、詹学农：《情理法与中国人——中国传统法律文化探微》，中国人民大学出版社 1992 年版，第 5～6 页。

[2] 《唐律·名例六》。

拨款供给)，实质上变成国家的分支或附属机构；有的虽然没有直接由国家拨款，但却形成为“半吊子市民社会”，他们心态上完全依附于国家之下，养成了一种恶习：用金钱、关系、人情来求得持有国家权力的人对他们开方便利益之门。[1] 这两种情形，都是公民社会的悲剧。一方面，这种依附性格及存在和活动方式，大大地扩张了政治国家权力的支配空间，把公民社会应有的自治空间弄得相当狭小。“文化大革命”是一个极端的例子，那时甚至家庭的“餐桌社会”和夫妻的“枕边社会”也是一个国家政治场合。这种情形，违背了公民社会（或市民社会）的根本目的，违背了现代国家的根本目的。把独立自由平等的个人人格及其实现形式（交往、互助即公民社会）化为乌有。世界别的一切也就没有必要谈论了。另一方面，这种情形促长了国家政治的腐败和无能。没有自主健康的公民社会作为国家可能出现种种病菌的抗体，没有社会制约权力，国家腐败则难以遏制。如“文化大革命”之焚书运动，如果当时存在略为自主独立的公民社团（如文化团体、宗教团体、教育科学团体，甚至略带点封建自主性的非公民团体如宗族团体）进行一点点抵制，其危害就不会如此惨重。有人讲，即使在明清时代，如果皇帝下令全国焚毁除儒教正统以外的所有异端邪说或淫俗书，也不会造成如此大规模的文化毁灭运动，因为当时宗族团体、宗教团体对于国家有相对独立性，他们必然会抵制。过去的历史也的确证明了这一点。此外，社团成员特别是重要成员携社团之势（不是以选票）以求“干禄”，洞开了贿赂、关说的又一大门。这也加重了政治的腐败。

近代以来中国民间社会的存在及活动状态，以“积弱”二字概括之不为过分。因为弱势，才要依附；因为要依附，才助长腐败。

---

[1] 林毓生：“创造性转化的再思与认识”，载《公共论丛》1995年第1期，三联书店1995年版。

究其积弱之原因，一句话，独立自立、自由平等的个人身份或人格从未在中国真正确立耳！因为这种身份或人格不存在，所以，我们的社团才需要外力捏合，而不是靠内聚力凝合。从既往的“法治”发展史来看，只有具有独立平等自由的人格或身份的个人之间为着“私人利益”（公共的利益不过是私人利益间的协调）才有可能产生真正的凝聚力、向心力，此即结社力，如物质分子之间的相互吸引力。没有独立人格及“私人利益”（或权利）意识具备的个人，是无法凝合成公民社会团体的。

没有这种公民社会团体及公民社会生活秩序，即没有“法治”的土壤。这就是中国近现代法治过程中的最大症结。“法治”是一棵自外面移植过来的参天大树，我们寄望它荫庇我们的世世代代子孙。然而，树可移，适于这棵树的土壤我们自古稀缺，且土壤又无法全部移过来。这一症结当如何解决呢？

办法是有的，就是用“社会化学”的方法在中国原有的土壤里加进适合“法治”生长的有机元素，慢慢地把原有土壤培育或改造成法治土壤。其培养或改造方法，又远非这篇文章所能探究明白的。不过大的思路还是可以谈一谈。这就是从健全现有的社会组织入手，使现有的社会组织真就成为公民社会组织，这就是在培养法治的土壤。

具体说来，有三个方面的事是要赶紧做的：

1. 尽快完善关于人民结社和自治的立法。国家作为民主的“保姆”应主动积极地循章督促每个社团依民主法治原则而运作。这也是没有办法的事，这与西方的发展进程截然不同：西方是民主法治的公民社会推动国家法治；我国目前则要寄望于国家当公民社会的民主法治教师或保育员。制定这种法规的目的不仅是“依法管理社团”，而是要用法律的庄严形式确定国家权力与公民（社会）权利的法律分界。

2. 在实践方面，继续将过去十几年中为消除“政企不分”、

“政社不分”、“政校不分”、“政事（业）不分”所做的改革进行下去，真正重视和发挥社会团体的自治作用及保护其成员私人利益的作用，使其真正成为“私人自治领域”、“私人利益实现形式”，使其名副其实地成为公民自愿置身其中的团体。为了使社会团体真正在自治和保护其成员权益方面起到合法实际的作用，政府在行使权力时应尽量自我节制：不但要谨守分界，还要有意下放一些权力，对地方、企业（也是一种社团）可以放权，对社会团体也可以放权。应以切实措施保障和鼓励社会团体成员依靠其各自参加的社会体实现自身权益。尽量避免使社会团体成为政府的施政设施，更不要包揽社团事务为政府事务。国家要逐渐学会与公民社团平等地相处、对话，把一个社会团体看成一个与自己对话的自主的平等整体，而不要只停留于以庞大的权力系统与仅仅依附国家的零散个人打交道的观念层次。甚至要逐渐学会把自己当成一个最大的“社团法人”，接受公民个人或社团通过政治或诉讼途径的对话。[1] 做到这一点，就是现代民主国家成熟的标志。

3．在理论方面，一如过去十几年里的普法教育方面所做的那样，继续加强法制宣传教育，重心在强化个人权利意识，培养民法所要求的独立自主、人格平等的个人。这种教育，不是简单的个人主义教育，而是要让人民懂得：个人私权利的实现只有依凭法律，只有在依法律自治的社会团体或关系之中才有可能。

---

〔1〕 如在西方国家，刑事案件是“政府诉××”，民事案件和行政案件可以是“××（个人或社团）诉政府（或诉×国）”，还有政府与工会、商会之间的平等对话等。

第十三章　大陆法系对中国法律的影响

大陆法系，作为当代世界上历史最为悠久的主要法律传统之一，曾经对中国法律近代化产生过十分重要的影响。民国时期的法律就被认为属于大陆法系。[1] 研究大陆法系对中国法律的影响，不仅有利于总结我国法制的历史经验，而且有利于探索加强和完善我国法制的途径，探索澳门特别行政区和台湾地区回归后中国法律的发展趋势。

一、大陆法系对清末法制改革的影响

中国的法制历史源远流长，可以上溯至公元前 21 世纪的夏朝。自此以下，一脉相承，至唐朝形成以唐律为代表的中华法系，并被移植到日本、朝鲜、越南等亚洲国家和地区。[2] 但是，到清朝末年，传统的中华法系发生了重大变化，法典的"诸法合体，以刑为主"体例被西方式的由多个部门法共同组成的体系所取代；以儒家的纲常伦理为指导思想和基本原则，以"一本于礼"、"家族本位"为基本特征的法律文化受到了西方法律思想和法制原则的巨大冲击，形成中西法律文化汇合的新特征。

（一）清末法制改革的动力与压力

1840 年鸦片战争以后，随着帝国主义和资本主义的入侵，资本——帝国主义与中国的封建专制主义相结合，使中国封建的法律

---

〔1〕沈宗灵：《比较法总论》，北京大学出版社 1987 年版，第 54 页；［法］勒内·达维德：《当代主要法律体系》，上海译文出版社 1984 年版，第 71 页。

〔2〕杨鸿烈：《中国法律在东亚诸国之影响》，商务印书馆 1937 年版，第 3 页。

体系和司法制度逐步半殖民地半封建化。其重要表现和主要标志是，清朝政府于19世纪中期被迫承认帝国主义侵略者强行攫取的领事裁判权，以及为适应列强的需要在租界内设置会审公廨。

领事裁判权是帝国主义国家通过不平等条约在半殖民地国家取得的一项司法特权。它是帝国主义国家通过驻外领事等机构，对在半殖民地国家领土内的本国侨民，根据本国的法律行使司法管辖权的制度。领事裁判权制度起源于欧洲。历史上，希腊、意大利、英国曾在其他欧洲国家实行过这种制度。在亚洲，土耳其被最早实行这种制度，泰国、日本等国也曾被实行过这种制度。[1] 根据不平等条约的规定，在中国享有领事裁判权的侨民，在成为民事、刑事诉讼中的被告时，只能由该国在中国的领事按其本国的法律裁判，中国司法机关无权过问。领事裁判权制度在中国的确立，始于1843年《中英五口通商章程》。该章程规定，中、英两国国民发生诉讼，“英人如何科罪，由英国议定章程、法律，发给管事官（即领事）照办”。1844年《中美望厦条约》更扩大领事裁判权的范围，规定美国人之间的诉讼由美国领事办理，美国人与他国人［ty1］之间的诉讼由有关国家的官员自行办理，中国官员不得过问。随后，法国、意大利、俄国、德国、日本等20余个帝国主义列强先后通过条约或者援引最惠国待遇条款，相继在中国取得了领事裁判权。为了行使领事裁判权，帝国主义列强在中国设立了由其驻华领事充任审判官的领事法庭，审理轻微的民事和刑事案件。对于比较重大的民事和刑事案件，则由各国设在邻近中国的附属国（殖民地）法院或其本国法院审理。法国规定，对在华犯有重罪的法国人，交由法国设在西贡的法院审理；比利时规定，比利时在华人员犯有重罪者，应当被送回布鲁塞尔审理；丹麦规定，丹麦人在

［1］郑竞义：《法律大辞书》，商务印书馆1936年版，第1865页；日本国际法学会《国际法辞典》，世界知识出版社1985年版，第801页。

华犯罪情节较重者，应当被送回哥本哈根审理；日本规定，涉及在华日本人的重大案件，由日本在朝鲜清津或者其本土长崎的法院管辖。随着帝国主义列强对中国侵略的扩大，一些帝国主义国家还在中国设立了二审法院或法庭，例如，德国在胶州、英国在上海都设立了高等审判法庭。[1] 为了便利执行领事法庭判决，一些帝国主义国家在中国强行设置了监狱。英国在上海设置了“西牢”，俄国、日本在东北陆续设置了多处监狱。这些监狱并不限于关押受领事法庭判决的外国在华侨民，一些中国的爱国志士和人民群众也时常被关押其间，甚至被迫害致死。领事裁判权制度“始不过以彼法治其民，继渐以彼法治华民”。[2]

会审公廨，亦称会审公堂，它是清政府在租界内设立的审判机关。凡以华人为被告的民事和刑事案件，外国领事可以观审、会审、陪审，甚至主审。会审公廨出现于1864年。是年5月1日，清朝政府根据《中英天津条约》关于中国人与英国人发生诉讼且调解不成时，由中国地方官与领事会同审理的规定，接受英国领事的意见，由上海道派人前往英国领事馆同英国副领事并庭审理租界内的案件，从此创立“洋泾浜北首理事衙门”，即会审公廨。继上海之后，清朝政府又在武汉、厦门等地设置会审公廨。随着中国殖民地化的加深，帝国主义列强逐步攫取了对会审公廨的支配权力。例如，1903年，上海租界当局根据清朝政府的照会，封闭了《苏报》报馆，逮捕了鼓吹革命的章炳麟、邹容，并主持审判这一“《苏报》案”，判处章炳麟监禁3年，邹容监禁2年（1905年死于狱中）。“各领扩张权限，公堂有迳定监禁数年者。外人不受中国之刑章，

[1] 故宫博物院明清档案部：《清末筹备立宪档案史料》下册，中华书局1979年版，第823页。

[2] 《清末筹备立宪档案史料》下册，中华书局1979年版，第823页。

而华人反就外国之裁判”。[1]

领事裁判权对国家属地优越权的侵犯，使中国的政治和法律遭到巨大的损害。当中国公民成为民事或者刑事诉讼的被害人或者原告人时，其合法权益往往受到侵害却得不到法律的保护，而列强在华犯罪侨民或者民事侵权人往往受到庇护。其直接后果是，外国在华的不法侨民愈来愈横行霸道，无恶不作，而中国人民的反抗怒火愈演愈烈。例如，1880年浙江温州海关的美国检查员柏耐奸污霸占民安寺尼姑聪伦案。柏耐垂涎聪伦的年轻美貌，买通当地恶棍黄阿益，由黄纠集翁珂福、翁阿林、翁阿妹、张学思，黑夜驾船前往民安寺，骗开寺门，将聪伦劫持至柏耐寓所，送交柏耐强奸。后因聪伦绝食寻死，柏耐才不得不将其放出。案发后，主犯柏耐由美国领事审判，被宣告无罪纵回美国；从犯黄阿益等由中国官府审判，黄阿益被判处绞监候，其余4人分别科处重刑。[2] 同一案件，因为管辖不同，致使主从颠倒。外国侨民受到庇护，直接滋长了外国侨民在中国的犯罪活动。仅据英国驻上海领事罗伯逊报告，1856年1月1日至12月12日，他处理了503件刑事案件，其中包括杀人、侵入住宅、绑票、勒索、受贿等案件，而当年在上海常驻和流动的英国人只有630人，几乎每人都有犯罪记录。同时，洋人犯罪也大大激发了中国人民对侵略者的愤怒，大大激化了中国公民与外国侨民的矛盾，自19世纪60年代至90年代，全国各地民众杀教士、烧教堂事件迭起，与领事裁判权关系密切。

中国人民反对领事裁判权的斗争也成为清朝统治者心中不大不小的心病。一方面，由于清朝政府对外软弱无能，教士或华洋纠纷案件的结果，往往都要导致清朝政府杀死百姓抵命，并赔款，甚至割地。另一方面，由于清朝政府的残酷镇压和迫害，一些中国革命

[1]《清史稿·刑法志》。

[2]《未刊稿·中外交涉刑案》。

志士仁人往往利用清朝政府法权管辖不了的租界，鼓吹改良或革命，开展反对清朝政府的活动。因此，对于在中国攫取了领事裁判权的帝国主义列强来说，领事裁判权也是一个不大不小的包袱。

到清朝末年，废除领事裁判权成为人民群众包括一些知识分子和清朝政府、帝国主义列强共同关注的焦点之一。一些知识分子和清朝政府官员中的有识之士认为帝国主义列强在中国享有的领事裁判权是中国人的耻辱，造成这一耻辱的根本原因是清朝的法律制度不良，刑罚苛刻残酷，监狱条件恶劣，封建官吏视外国侨民为夷狄，在法律上不给予平等权利，等等。他们希望清朝政府尽快改良政治法律制度，并且相信改良法律制度之后帝国主义列强就会自动放弃领事裁判权。1895 年和 1897 年，以康有为、梁启超、谭嗣同为首的一些少年时代接受正统儒家思想教育，后来接受西方资产阶级政治学说影响的维新人士，上书光绪皇帝，主张变法图强。1898 年，光绪皇帝在外患内忧以及帝党和后党之间矛盾日益尖锐的情况下，进行了前后共计 103 天的变法尝试（即“百日维新”），但是遭到以慈禧为首的守旧势力的血腥镇压。

1900 年，义和团运动爆发，英国、法国、日本、俄国、德国、美国、意大利、奥地利等 8 个帝国主义国家联合组成“八国联军”攻占北京。1901 年，清朝政府被迫与英国、美国、俄国、德国、日本、奥地利、法国、意大利、西班牙、荷兰、比利时 11 个帝国主义国家签订《辛丑条约》，中国政府向帝国主义列强赔款 4.5 亿两白银，年息 4 厘，分 39 年还清，本息共计 9.82 亿两白银；按照帝国主义列强的要求修改通商章程和办理通商事宜；并永远禁止中国人民成立或参加“与诸国仇敌”的各种组织。至此，清朝政府与人民群众、清朝政府与帝国主义列强、人民群众与帝国主义等多种矛盾到了十分尖锐对立的地步，危及到濒临颓废的清王朝的存续。为了适应帝国主义列强在华的需要，消弭人民群众的义愤，把自己从危机中解救出来，曾经镇压了“百日维新”的慈禧不得宣布“预

备仿行宪政"，即准备实行变法，推行新政。

与此同时，帝国主义列强为了保持和继续攫取在华权益，企图缓和同中国的矛盾，利用中国人民渴望争取独立自主、收回治外法权的心理，向清朝政府施加压力，把改良法律制度作为其放弃领事裁判权的前提，逼使清朝从闭塞无知的愚昧状态走出来，变成一个既有利于输入资本、保证其经济掠夺需要，又有力量防止内乱、稳定政局的半殖民地政权。1902 年初，英国、日本、美国、葡萄牙等帝国主义列强在与清朝政府续订商约的过程中表示，他们愿意尽力协助中国彻底改革法制、使中国的法律制度与西方各国的法制协调一致。"一俟查悉中国律例情形及审判方法与一切相关事宜皆臻完善"，"即允弃其治外法权"。[1]

帝国主义列强的许诺不啻大旱云霓，清廷朝野内外似乎找到了共同点。清朝政府的一些重臣连忙联名上奏皇帝，要求改良法制。直隶总督袁世凯、两江总督刘坤一、湖广总督张之洞，更是联名保举刑部左侍郎沈家本、驻美公使伍廷芳修订法律。在清朝末年颇有影响的一些知识分子也积极呼吁变法律、审狱法，学习"西学"，旧学参新、以雪国耻、以图富强。"自此而议者，乃群措意于领事裁判权"。[2] 面对各方面的压力，1902 年 5 月 13 日，清朝的最高统治者终于发布谕旨："现在通商交涉事益繁多，著派沈家本、伍廷芳将一切现行律例，按照交涉情形，参酌各国法律，悉心考订，妥为拟议，务期中外通行，有裨治理"。[3]

（二）清末法制改革的宗旨和模式

为了变法修律，清朝政府于 1904 年 5 月 15 日设立了修订法律

[1] 《中英续议通商行船条约》第 16 款，《大清法规大全·外交部》。
[2] 《清史稿·刑法志》。
[3] 《大清法规大全·法律部》，1905 年 8 月 13 日又发布《宣示预备立宪谕》（《大清光绪新法令》第 1 册）。

馆。1905年3月4日又设立了考察政治馆（1907年8月13日，考察政治馆更名为宪政编查馆）。根据清朝最高统治者的谕旨，清朝政府确定，以西方各国为模式来修订法律和改革法制。修订法律大臣沈家本等人在1905年4月24日《删除律例内重法折》中指出："方今改订商约，英国、美国、日本、葡萄牙四国均允中国修订法律，首先收回治外法权，实变法自强之枢纽。臣等奉命考订法律，恭绎谕旨，原以墨守旧章，授外人以口实，不如酌加甄采，可默收长驾远驭之效"。[1] 修订法律大臣伍廷芳等人《奏订新律折》中指出："臣等奉命修订法律，固以明定法权推行无阻为指归，尤以参酌东西择善而从为目的"。[2] 法部尚书戴鸿慈等人在1907年7月18日《奏拟修订法律办法折》中指出："今我皇太后皇上……允宜采取各国之法，编撰大清国法律全典……此臣所谓主事之政策也。"修订法律大臣沈家本等人在1908年3月1日《奏请编定现行刑律以立推行新律基础折》中即更加明确地指出："是以臣家本上年进呈刑律，专以折冲樽俎、模范列强为宗旨"。[3] 宪政编查馆和资政院在1908年8月27日《会奏宪法大纲暨议院法选举法要领及逐年筹备事宜折》中再次重复了这一宗旨："著宪政编查馆、资政院王大臣督同馆院谙习法政人员，甄采列邦之良规，折衷本国之成宪，迅将君主宪法大纲暨议院、选举各法择要编辑，并将议院未开以前，逐年应行筹备各事，分期拟议，胪列具奏呈览"。[4]

为了保证修订法律宗旨的实施，清朝政府遴选了一批谙悉中西法律的官员牵头，聘请了一批外国法律专家作为顾问，召回了一批已经毕业的留学生翻译、整理外国法典和法学著作。[5] 自1904年

[1] 沈家本：《历代刑法志》，中华书局1985年版，第2024页。
[2] 《光绪朝东华录》光绪三十一年九月。
[3] 《清末筹备立宪档案史料》下册，第839页、第852页。
[4] 《清末筹备立宪档案史料》上册，第54页。
[5] 沈家本：《历代刑法志》，中华书局1985年版，第2023页。

起，清朝政府修订法律馆和宪政编查馆先后翻译了 10 多个国家上百部法典、法律、法规，主要有《日本宪法》、《日本刑法》、《日本现行刑法》、《日本改正刑法》、《日本新刑法草案》、《日本陆军刑法》、《日本海军刑法》、《日本刑事诉讼法》、《日本现行刑事诉讼法》、《日本改正刑事诉讼法》、《日本民法》、《日本商法》、《日本票据法》、《日本现行民事诉讼法》、《日本改正民事诉讼法》、《日本监狱法》、《日本裁判所构成法》、《奥国民法》、《奥国国籍法》、《奥国民事诉讼法》、《奥国法院编制法》、《比利时刑法》、《比利时监狱则》、《德意志刑法》、《德意志裁判法》、《德意志民法》、《德意志旧民事诉讼法》、《德意志民事诉讼法》、《德意志改正民事诉讼法》、《德意志破产法》、《德意志强制执行及强制竞卖法》、《德意志海商法》、《德意志国籍法》、《德意志高等文官试验法》、《德意志裁判官惩戒法》、《德意志行政官惩戒法》、《法兰西刑法》、《法兰西民法》、《法兰西印刷律》、《法兰西国籍法》、《法兰西刑事诉讼法》、《芬兰刑法》、《荷兰刑法》、《罗马尼亚国籍法》、《葡萄牙国籍法》、《瑞士刑法》、《西班牙国籍法》、《意大利刑法》、《意大利民法》、《英国国籍法》、《俄罗斯刑法》、《美国刑法》、《美国刑事诉讼法》、《美国国籍法》、《美国破产法》，等等。同时，翻译了一些国家的法学著作，主要有《日本宪法义解》、《日本宪法正解》、《日本宪法法理图解》、《日本宪法详解》、《日本宪法疏证》、《日本刑法义解》、《日本刑法论》、《日本监狱访问录》、《日本监狱学》、《日本狱事谭》、《日本裁判所编制立法论》、《日本破产法》、《日本刑事诉讼法论》、《日本民事诉讼法论纲》、《日本民事诉讼法注解》、《日本法律辞典》、《比利时刑法论》、《法国宪法释义》、《英国公司法论》、《美国公司法论》，等等。[1]

---

[1] 沈家本：《历代刑法志》，中华书局 1985 年版，第 2023 页；《清末筹备立宪档案史料》，第 837 页；《东方杂志》1909 年第 3 期。

与此同时，清朝政府派遣大臣出洋实地考察一些国家的政治法律状况。自 1906 年 1 月 14 日至 1906 年 6 月 21 日，清朝官员先后考察了 13 个国家。其中，由考察政治大臣载泽、尚其亨和李盛铎率一队自 1906 年 1 月 14 日于上海搭乘法国公司轮船出国，先后在日本考察 26 日（1906 年 1 月 17 日至 2 月 3 日），在美国考察 14 日（1906 年 2 月 28 日至 3 月 14 日），在英国考察 42 日（1906 年 3 月 22 日至 4 月 18 日；5 月 9 日至 5 月 24 日），在法国考察 21 日（1906 年 4 月 18 日至 5 月 9 日），在比利时考察 18 日（1906 年 5 月 25 日至 6 月 12 日）。由考察政治大臣、户部右侍郎、礼部尚书戴鸿慈和湖南巡抚、闽浙总督端方率一队自 1906 年 1 月 17 日于上海搭乘美国公司轮船出国，先后在美国考察 21 日（1906 年 1 月 23 日至 2 月 15 日），在德国考察 46 日（1906 年 3 月 7 日至 4 月 16 日；5 月 3 日至 5 月 9 日），在丹麦考察 3 日（1906 年 4 月 17 日至 4 月 20 日），在瑞典考察 5 日（1906 年 4 月 21 日至 4 月 26 日），在挪威考察 3 日（1906 年 4 月 27 日至 4 月 30 日），在奥地利考察 8 日（1906 年 5 月 9 日至 5 月 17 日），在俄国考察 7 日（1906 年 5 月 20 日至 5 月 27 日），在荷兰考察 10 日（1906 年 5 月 28 日至 6 月 7 日，中途到比利时与载泽会晤），在瑞士考察 1 日（1906 年 6 月 8 日），在意大利考察 12 日（1906 年 6 月 9 日至 6 月 21 日）。此外，另有考察宪政大臣达寿等人在日本考察宪政达半年之久（1907 年 11 月至 1908 年 7 月）。刑部候补郎中董康等人在日本考察裁判、监狱一段时间。

通过翻译外国法典、法学著作和考察外国政治法律制度，清朝政府逐步将“折冲樽俎，模范列强”的变法修律宗旨调整为以大陆法系国家法律为蓝本，尤其以日本法律为模式的宗旨。1906 年 9 月 1 日，清朝最高统治者召开御前会议确立了变法修律和立宪的基

本原则，其中第2条即是，大体效法日本。[1]

清朝政府变法修律向大陆法系一边倒倾向的形成，主要有以下一些因素：

1. 中国重视成文法的传统与大陆法系近似。自公元前407年战国时期魏相李悝编纂封建社会第一部综合性的刑法典《法经》到清朝的《大清律例》，历朝历代都编纂具有根本法性质、以刑法为主的综合性法典的惯例。大陆法系的法典化模式与中国成文法典传统甚相近似，英美法系的以判例法为主体的“散漫”模式显然与中国传统法律文化风格差距大大。

2. 出洋考察大臣们对大陆法系国家，特别是对日本、德国、法国的政治法律制度具有倾向性。出洋考察大臣们走出国门，首先到达日本，深深地为日本仿效欧洲大陆国家变法修律所产生的效果而折服，马上流露出取法日本之意。载泽等人于1906年2月3日在《奏在日本考察大概情形折》中称：“查日本维新以来，一切政治取法欧洲，复斟酌于本国人情风俗之异同，以为措施之本。”“其富强之效”，“得力于改良律法”。[2] 戴鸿慈等人于1906年4月9日在《奏到德后考察大概情形折》中也表达了类似的意识：“是以日本维新以来，事事取资于德，行之三十载，遂致勃兴。中国近多歆羡日本之强，而不知溯始穷原，正当以德为借镜”。[3] 对于法国的政治法律制度，出洋考察大臣也是称赞有加。载泽等人于1906年5月9日在《奏在法考察大概情形折》中称：“大抵欧洲各国政治，悉根源于罗马旧制，言政法者必先言罗马，犹中国学者必首推周秦……法国地近罗马，政法实得其遗传，而又经拿破仑第一之雄才大略，综揽洪纲，以沈毅英鸷之资，手定立国治民之法，公私上下权

---

[1] 杨幼炯：《近代中国立法史》，商务印书馆1936年版，第32页。

[2] 《清末筹备立宪档案史料》上册，第6页。

[3] 《清末筹备立宪档案史料》上册，第10页。

限分明，数十年来虽屡经变革，爷易世及为选举，而其理法条目遗意相承，无或稍异。是其所变者，官家之局，其不变者，立法之精，故观其现行成法，大权仍集于政府，居中驭外，条理秩如……且法自大败于德以还，凋丧之余，不三十年复臻强盛，其作民气以培国力，实根于政治之原理，良非幸致”。[1] 出洋考察大臣对于英、美的政治法律制度虽然予以肯定，但表示难效法。甚至在比较大陆法系国家与英美法系国家的政治法律制度时，明显地扬大陆法系而抑英美法系。载泽等人于1906年4月18日在《奏在英考察大概情形折》中称：“查英吉利为欧洲文物最著之国，一切政治规模与东方各国大有异同，考其政治之法，实数百年积渐修改，条理烦赜，仓猝未易洞悉源流”。[2] 出使英国大臣汪大燮于1906年6月16日在《奏会同载泽等考察英国政治事竣折》中称：英国“其立国既早，而习惯相延之政事，深求其故，则凡所以相维相系者，靡不同条共贯，各寓精义于其间，洵非可以枝枝节节求之也”。[3] 载泽等人又在《奏在法考察大概情形折》中称，法国“比之英吉利，一则人民先有自治之力，而后政府握其纲；一则政府实有总制之规，而后人民贡其议，施之广土众民之国，自以大权集一为宜。”载泽等人与戴鸿慈等人1906年2月18日在《奏在美国考察大概情形折》中指出：“大抵美以工商立国，纯任民权，与中国政体本属不能强同……盖美为新造之国，魄力正雄，故其一切措施难以骤相仿效”。[4]

3．日本通过取法大陆法系国家而立宪和变法修律，由弱变强，以小胜大的历史经验深深地刺激了清末主持变法修律的人们。日本

---

〔1〕《清末筹备立宪档案史料》上册，第14页。

〔2〕《清末筹备立宪档案史料》上册，第10页。

〔3〕《清末筹备立宪档案史料》上册，第21页。

〔4〕《清末筹备立宪档案史料》上册，第8页。

近代的法律制度是在西方帝国主义列强的压力和影响下确立和发展起来的。日本自 17 世纪 30 年代起，实行了长达 200 多年的闭关锁国的政策。1854 年至 1860 年，西方帝国主义列强以武力胁迫日本打开闭关自守的大门。德川幕府在西方帝国主义列强炮舰的威逼下，先后同美、英、法、俄、荷等国签订将日本推向半殖民地化的不平等条约。明治维新后，日本新政府便将修改这些不平等条约列入重要议程。在修改条约的过程中，西方帝国主义列强提出，日本必须将实行"泰西主义"即仿从西方国家的立法作为修改条约的前提。在西方帝国主义列强的压力下，明治政府从 19 世纪 70 年代中期开始着手组织法律起草委员会，聘请西方法学家为顾问，按照西方国家的法律模式拟订各种法典，并将法典草案英译本分送各国鉴定，形成以大陆法系国家法制为蓝本的法律制度体系。[1] 1904 年 2 月 8 日至 1905 年 9 月 5 日，日本和沙皇俄国为重新分割中国东北和朝鲜，以中国东北为主要战场，进行了一场恶战。在战争中，日本以小胜大，大败俄国。战争结束之后，日本取代了俄国在中国东北的支配地位。清朝朝野目睹了帝国主义列强在我国土上进行这场战争，深受刺激。他们认为，小国日本之所以能够战胜大俄国，主要是因为日本变法修律和进行立宪的结果。考察政治大臣达寿于 1908 年 8 月 7 日在《奏考察日本宪政情形折》中即认为："盖自伊藤博文等考察宪政归朝以来，相距不及七年耳。于是一战而胜，再战而胜，名誉隆于全球，位次跻于头等，非小国能战胜于大国，实立宪能战胜于专制也"。[2] 大理院正卿张仁黼于 1907 年 6 月 11 日在《奏修订法律请派大臣会订折》中也指出："日本法律本属支那法系，而今取法于德、法诸国，其国势乃日益强……惟日本特为东

〔1〕 陈盛清：《外国法制史》，北京大学出版社 1982 年版，第 270 页。

〔2〕《清末筹备立宪档案史料》上册，第 29 页。

亚之先趋，为足以备圣明之采择。”[1]

4. 在受聘担任清朝政府变法修律顾问的外国法律专家中，主要是日本法律专家，著名者有冈田朝太郎（刑法专家）、松冈义正（民法专家）、志田钾太郎（商法专家）、小河滋次郎（监狱法专家）。这些日本法律专家在作顾问期间，积极推崇和大量传授日本法律制度，发挥了比较重要的作用。例如，《法院编制法》草案即由冈田朝太郎审查。修订法律大臣沈家本在《奏酌拟法院编制法缮单呈览折》中称：“令法律学堂日本教习法学博士冈田朝太郎，帮同审查。该教习学识宏富，于泰西法制靡不洞彻，随时考证，足资甄择。”《大清现行刑律》草案也是由冈田朝太郎帮助审查。修订法律大臣沈家本在《刑律草案告成分期缮单呈览并陈修订大旨折》中称：“上年九月间法律学堂开课延聘日本法学博士冈田朝太郎主讲刑法，并令该教习兼充调查员帮同考订，易稿数四。”[2]

（三）清末法律的“大陆法系化”

按照清朝政府确立的立宪与变法修律宗旨，清朝政府的修订法律馆和宪政编查馆先后修订、制定或起草了一些法律和法律草案。这些法律和法律草案具明显的“大陆法系化”特点。

1. 宪法。“宪法”一词，我国古已有之，《国语》就有“赏善罚奸，国之宪法”的话。但是，在我国古代，“宪法”以及涉及“宪”字的词汇只是指国家的典章和普通法律规范。近代意义的宪法概念和宪法是随西方文化与法律学说的传播而输入中国的。清朝末年，宪法被认为是医治中国百病的良药和复兴中国的良策之一。清朝政府在国际国内的压力下，被迫于1906年9月1日宣布“预备立宪”：在“各项法律详慎厘定”等基础上，“俟数年后规模粗具，查看情形，参用各国成法，妥议立宪实行期限，再行宣布天

[1] 《清末筹备立宪档案史料》下册，第834页。

[2] 《清末筹备立宪档案史料》下册，第843页、第845页。

下，视进步之迟速，定期限之远近”。[1] 1908年8月27日，清政府被迫公布了中国历史上的第一个宪法性文件《钦定宪法大纲》，并宣布经过9年的预备立宪期限之后，再颁布根据这个《钦定宪法大纲》制定的宪法。[2]《钦定宪法大纲》共23条，由正文《君上大权》14条和附录《臣民权利义务》9条两部分组成。其内容基本抄自1889年2月11日颁布的《日本帝国宪法》，竟有17个法条完全抄袭《日本帝国宪法》，占全部法条的74%。[3] 而1889年《日本帝国宪法》又是以普鲁士宪法为蓝本的，竟有46个法条完全抄袭普鲁士宪法，占全部法条的61%。[4] 究其原委，日本近代宪法之父、法学家伊藤博文在其中起了重要作用。1882年，伊藤博文受天皇派遣赴欧洲考察宪政。伊藤博文认为，普鲁士的政治制度与日本极为相似，普鲁士的宪法最适合日本统治阶级的需要。伊藤博文的看法得到日本统治集团的赞同。伊藤博文回国后，立即被天皇任命宫内省大臣，并领导宪法委员会起草宪法草案。在伊藤博文的主持下，1888年，日本宪法及其附属法《皇室典范》、《议院法》等法律草案起草完毕，并经枢密院审议通过。1889年，《日本宪法》及其附属法正式颁布。次年，正式付诸实施。1906年，载泽到日本考察宪政，与伊藤博文“从容讨论，以求立法之原理，与其沿革损益之益”。[5] 伊藤博文还在日本芝离宫就日本宪法向载泽等人作了演讲，并特别就日本天皇的权力大加宣扬，深深地打动了载泽等人。例如，伊藤博文在演讲时说：“日本宪法中，言君主大权

---

〔1〕《清末筹备立宪档案史料》上册，第44页。

〔2〕据北京大学法学院博士生俞江同学的考察研究，发现清政府除《钦定宪法大纲》和《十九信条》之外，曾起草了一部《钦定宪法》草案，这是中国近代第一部完整的宪法草案。现藏于第一历史档案馆资政院档案内。

〔3〕杨幼炯：《近代中国立法史》，商务印书馆1936年版，第55页。

〔4〕陈盛清：《外国法制史》，北京大学出版社1982年版，第272页。

〔5〕《清末筹备立宪档案史料》上册，第6页。

之事，共有17条，贵国为君主国，以上所论种种大权，将来施行宪法时，必须归之君主，而不可旁落者。”载泽等人起草的《钦定宪法大纲》的序言即曰：“君主立宪政体，君上有统治国家之大权，凡立法、行政、司法皆归总揽。”〔1〕

2. 刑法。清末以前的封建刑律，与中国封建专制主义中央集权的大一统制度相适应，采取“诸法合体”的编纂形式，集刑事、民事、行政、诉讼等内容于一体，用刑罚方法调整各种社会关系。修订法律馆在开馆之后，继承历代封建法制建设的传统，视刑律为国家的基本法律，决定首先修订刑律，于1904年即着手对《大清律例》进行删削、修改和补充，以此作为在新刑律颁布之前的过渡性法典。“预备立宪”的诏令颁布之后，修订《大清律例》的工作被纳入《钦定逐年筹备事宜清单》。〔2〕1908年，修订工作完成。修订后的《大清律例》定名为《大清现行刑律》，于1910年公布施行。《大清现行刑律》虽然是在《大清律例》的基础上修订而成的，其体例和内容仍然没有脱离旧律的窠臼，但是，它作为清末仿照西方模式进行法制改革的产物，已经吸收了大陆法系国家刑法的部分内容。主要表现是：(1) 改革名称。将律名改为刑律。封建刑律一般称为“律”，如《开皇律》、《永徽律》、《大明律》、《大清律》等。《大清现行刑律》则以“刑律”为名。“刑”，表示刑罚，使它与民事、行政等部门法相区别；“律”，作为“法律”的略语，表示经过立法机关制定和行政机关公布，使它与命令、习惯等规范相区别，使中国的刑事立法步入近代化的轨道。(2) 改革体例。取消《大清律例》按照封建王朝中央政府机构六部名称（吏部、户部、礼部、兵部、刑部、工部）而设的六律（吏律、户律、礼律、兵律、刑律、工律）类目的体制，并依据社会危害性程度的轻重进行排列，

〔1〕《清末筹备立宪档案史料》上册，第57页。
〔2〕《清末筹备立宪档案史料》上册，第61页。

近似根据犯罪的同类客体而设置篇目，为中国刑事法典体例的近代化奠定了基础。（3）改革刑罚。废除了凌迟、枭首、戮尸、缘坐、刺字等酷刑，确立了罚金、徒、流、遣、死五刑制度，使中国的刑罚制度开始近代化。（4）改革罪名。删除“良贱相殴”、“良贱相奸”等具有明显封建特征的罪名，增加“妨害国交罪”、“妨害选举罪”、“毁坏铁路罪”等具有明显近代特征的罪名。

清朝政府在修订《大清现行刑律》的同时，也开始制定新刑律。1906年，修订法律馆聘请日本法学专家冈田朝太郎担任顾问，遴选一批国内法学专家分别担任纂辑，历经3年，四易其稿，于1907年下半年编成《大清新刑律草案》。1910年11月5日，宪政编查馆核定告竣，定名为《大清新刑律》。1911年1月25日，清朝政府正式公布《大清新刑律》。《大清新刑律》是中国历史上第一部仿效大陆法系国家刑法制定的刑法典。其主要特征是：（1）仿照大陆法系国家刑法的体例。首先，删除全部非定罪量刑的内容，使它成为中国历史上第一部独立的刑法典。与用刑罚手段调整各种社会关系的封建法典相比，它在一定程度上减轻了司法镇压的残酷性。其次，确定新的刑法体系，分刑法内容为《总则》和《分则》两编。《总则》虽然在本质上无异于封建律典的《名例》，但是其内容却更加丰富完备。《分则》以罪名为纲领，按犯罪客体分章规定各类犯罪及刑罚，抛弃了传统的封建律典中章名既不概括罪名、又不便于检索的缺点。（2）采取大陆法系国家的刑罚体系。摒弃了身体刑，废除了以封建乡土观念为基础的流刑和折磨肉体的笞刑、杖刑，确定了一个以自由刑为中心，由主刑（死刑、无期徒刑、有期徒刑、拘役、罚金）和从刑（褫夺公权和没收财产）组成的新刑罚体系。同时，大大减少了死刑的法条，并且减轻了执行死刑的残酷性，“死刑用绞，在狱内执行”，罪大恶极用斩。（3）吸收大陆法系国家的刑法制度。采用罪行法定原则，规定：“法律无正条者，不问何种行为，不为罪。”根本否定了封建专制统治之下的罪行擅断和诏

赦断罪的制度。引进缓刑、假释、时效制度，专设《缓刑》、《假释》、《时效》章。采取对青少年犯实行感化教育的制度，开我国对刑事责任年龄以下的青少年犯罪施以感化教育的先河。创设《妨害安全信用名誉及秘密罪》等调整近代社会关系的专章。(4) 删除了以家天下和宗法制度为根据的“八议”、请、减、赎、“十恶”和“存留养亲”等封建刑法制度。

3. 民法。1907年，清朝政府商部根据朝廷关于修订法律的谕旨，奏请制定民律。不久，朝廷下令设专门机构，并聘请日本法学家志田钾太郎、松冈义正为顾问，起草民律。1911年8月，《大清民律草案》完成。这是中国有史以来第一部专门民法典草案，因清亡未及公布。该草案分为总则、债权、物权、亲属、继承五编，总计1 569条，“全案大体仿德日民法”。[1] (1) 其编纂体例完全模仿日本民法和德国民法，采取“潘德克吞式”(Pandekten System)，即分整个民法典的内容为上述五编，此为大陆法系民法典的典型编纂体例之一。(2)“原本后出最精确之法理”，采用了大陆法系的诸多民法学说，如《拿破仑法典》(1804年)、《德国民法典》(1900年)所强调的“意思自由”、“契约自由”、“过失责任”、“私有财产权不受限制”等重要原则。(3)“注重世界最普通之法则”，如在“关于法人及土地、债务诸规定”方面，“采用各国新制”，[2] 实即抄袭德国、瑞士、日本民法中的相应制度，亦即罗马法以来欧陆民法中的民事主体、代理、时效、法律行为及契约、物权、债权等一系列典型制度。总之，其民事律草案的总则、债权、物权三编大多取自德国、瑞士、日本民法典，而亲属、继承二编除取自欧陆日本民法

[1] 谢振民：《中华民国立法史》，正中书局1948年版，第902页。

[2] 修订法律馆进呈民律草案奏疏，转引自谢振民：《中华民国立法史》，正中书局1948年版，第899～900页。

外，亦沿袭了中国封建礼教的一些内容。[1]（4）广泛调查民商习惯。为起草民律，宪政编查馆派员到各省或指定各省委派专员负责调查各地民事商事习惯，作为民律起草之基础。此种做法，亦为受大陆法系尤其是德国法影响的标志。德国民法典的制定，是在萨维尼“历史法学派”理论指导下广泛采取民族习惯法而成。清末民律草案采用的是同一条思路。[2]

4. 商法。清末商法创制也受到大陆法系的影响。1903年3月，清廷命载振、伍廷芳、袁世凯等编订商律。次年1月，公布《商人通例》9条，《公司律》131条。1906年，又编成《破产律》69条公布。1908年，修订法律馆又聘请日本学者志田钾太郎帮同编订商律，次年完成，定名为《大清商律草案》，内分总则、商行为、公司法、海船法、票据法等五大部份，共1 008条。这是中国有史以来第一个商事法典，但由于清亡而未及颁行。该法典的体例，基本上与日本1899年《商法典》一致。其以商法为独立法典，而没有与民法合典，更是模仿日本及当时欧陆民商分离体制。[3] 该草案在提交资政院核议时，人多讥其为直接抄袭日本、德国等国商法，不合中国国情，乃多有质疑。农工商部不得不据我国旧有商事习惯的调查加以修订。[4]

5. 诉讼法。1906年4月，沈家本等完成《民事刑事诉讼律草案》，共5章260条。因各省督抚反对，清廷未颁布施行。这是中国第一个专门诉讼法典草案。该法典首次引进了欧陆日本广泛使用的陪审制度、律师制度、证据制度及涉外诉讼程序等等制度。1910年12月，沈家本等人又将该案一分为二，完成了《刑事诉法草案》

---

〔1〕张晋藩：《清朝法制史》，法律出版社1994年版，第703～705页。

〔2〕[美]约翰·亨利·梅利曼著，顾培东、禄正平译：《大陆法系》，世界知识出版社1985年版，第35页。

〔3〕胡毓杰：《民法概论》，京城印书局1941年版，第95页。

〔4〕张晋藩：《清朝法制史》，法律出版社1994年版，第707页。

和《民事诉讼法草案》两案。《刑诉法草案》基本上是照抄日本1890年《刑事诉讼法典》体例，分为总则、第一审、上诉、再审、特别诉讼程序、裁判执行等6编，共15章，514条。《民事诉讼法》基本上是照抄德国1877年《民事诉讼法》和日本1890年《民事诉讼法》，分为审判衙门、当事人、普通诉讼程序、特别诉讼程序等4编，共22章800条。[1]这两个草案更加广泛地借用了欧陆日本诉讼法中的公诉自诉分离、不合管辖者不受理、依证据定罪、预审、诉讼代理、辩护、陪审、和解、强制执行等等制度。这两个法典草案均未及审议颁行。在当时真正起诉讼法作用的是1907年颁布的《各级审判厅试办章程》，该《章程》共5章120条，其体例及作用有些像日本民事刑事诉讼法典之前的《法院断狱则例》。

6．法院组织法。1906年12月，清政府法部拟订了《大理院审判编制法》，全法分为45条，这是我国第一部正式的法院组织法，惟其所定仅以京师为范围。1910年，法部又在前者的基础上编成《法院编制法》，共16章，164条。该法是为全国各级法院之统一的组织法。该法在体例上大致采取日本《裁判所构成法》之制，分为审判衙门通则、初级审判厅、地方审判厅、高等审判厅、大理院、司法年度及分配事务、法庭之开闭及秩序等16章，与日本略同。[2]关于审判等级，该法亦仿德国、日本体制，定为四级审判机关，三审终审制。最为重要的是，该法广泛采取了包括大陆法系诸国在内的欧美日等国普遍采用的行政与司法分离即司法独立原则、独任制与合议制并用、司法官考试任用、检察制度，等等，这都是中国司法组织近代化的典型标志。

至此，中国的“六法体系”已初现端倪。以宪法为统率，包括

---

〔1〕范明辛、雷晟生：《中国近代法制史》，陕西人民出版社1989年版，第38页；谢振民：《中华民国立法史》，正中书局1948年版，第1218页。
〔2〕谢振民：《中华民国立法史》，正中书局1948年版，第1213页。

宪法、民法、商法、刑法、诉讼法、组织法（一说宪法、民法、商法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法或说民事刑事诉讼法合一，外加行政法）在内的六大法典体系，即所谓“六法体系”，正是大陆法系“法典法系”的典型特征。[1]法国曾有所谓“法兰西五法”(宪法在外)，德国亦有“六法”之说。日本仿之，编“六法全书”。中国法律近代化工程开始即采取此种模式。这是中国法制“大陆法体化”的典型标志。

二、民国时期“大陆法系化”的深入

辛亥革命推翻了满清王朝，清廷的法制改革不了了之。但是，中国法制近代化的事业并未放弃，在民国的新政治中，法制近代化暨大陆法系化的工程仍在进行并有所发展。

民国时期中国法制“大陆法系化”的进一步发展，主要体现在以下三个方面。

（一）六法体系的形成与完善

民国时期，中国法律进一步大陆法系化，这主要体现在“六法体系”的形成与完善上。

在宪法方面，中国第一部真正的资产阶级宪法——《中华民国临时约法》于1912年3月在南京宣告诞生。此后，中国的宪法不管内容如何变化，其“法典化宪法”或“成文宪法”的特征越来越明显，体系越来越完备。到1947年南京国民政府的《中华民国宪法》，体例上几乎与日本宪法、法国宪法和德国宪法无重要差别。

在刑法方面，民国肇始即明令“《大清新刑律》除与民国国体抵触各条应失效力外，余均暂行援用”，更名为《中华民国暂行新刑律》。1914年，法律编查会成立，以修订刑律为首要任务，又聘请原参与《大清新刑律》起草工作的日本法学家冈田朝太郎参与修

---

[1] [美]约翰·亨利·梅利曼著，顾培东、禄正平译：《大陆法系》，世界知识出版社1985年版，第15页。

订。次年，拟成刑法修正案。此次修律，变化甚大，条文改动者十有五六。此次所成草案，称为“第一次刑法修正案”。1918 年，“修订法律馆”在“参照各邦立法”的基础上，又对“第一次刑法修正案”进行加工，形成了“第二次刑法修正案”。1928 年，南京国民政府在“第二次刑法修正案”基础上，参照欧陆日本最新刑事立法，正式制定公布了《中华民国刑法》（史称“旧刑法”）。1935 年，南京国民政府再次根据当时欧陆盛行的“社会法学”思潮，对刑法进行大幅度改革，制定颁布了《中华民国刑法》（史称“新刑法”）。

民国刑法继续师从德国、日本。（1）从法典体例上看，1928 年“旧刑法”和 1935 年“新刑法”基本上与德国 1877 年《刑法典》及日本 1907 年《刑法典》相同。甚至总则的内容构成及顺序安排、分则各章的标题（类罪名）等与德国、日本刑法差异不大。其所发生变化之处，也与当时德国、日本的刑法改正案雷同。（2）1935 年“新刑法”，仿欧陆刑法　据刑法起草委员会报告称，新刑法“侧重于防卫社会主义”，广泛“参酌了最近外国立法例，如 1932 年之波兰刑法，1931 年之日本刑法修正案，1930 年之意大利刑法，1928 年之西班牙刑法，1927 年之德国刑法草案，1926 年之苏俄刑法等，以资借镜”。[1] 此处所列举的几乎全是大陆法系国家刑法。

民国民商法的大陆法系化进一步加强。民国成立，即设法典编纂会（后改为法律编查会或修订法律馆），以《大清民律草案》为蓝本，重新起草民国民律草案。1926 年完成民律总则、债、物权、亲属、继承各编草案，是为“民律第二次草案”。南京国民政府成立后，设法制局，继续修订民法典草案。1929 年至 1933 年年间，民法五编相继完成并公布。民国民法典虽亦兼采英美法系的某些内

〔1〕 谢振民：《中华民国立法史》，正中书局 1948 年版，第 1131 页。

容，但体例上更加大陆法系化。（1）此次民法典起草，更广泛地以各省民商事习惯调查为基础。为了起草民商法，各省均设民商习惯调查会等专职调查机构，经调查分别编成各省民商习惯调查报告，最后由法律修订馆汇总编成《民商事习惯查报告录》。这种旨在将民间流行的民商习惯整理并法典化的做法，是大陆法系特别是德国法系的典型立法模式（见前）。（2）在法典体例上，进一步融入大陆法系各国法典之一般潮流。如民法总则编中，采法国、意大利等国民法典最新编例，“摭全编通用之法则，订为法例一章，弁诸编首”。又如，在民商合典方面，显然亦追随大陆法系最新立法趋势。当时意大利、瑞士等大陆法系国家民法典均采民商合一体例，不单立商法典。革命前俄国亦采民商合一。当时法国、德国等国许多学者也正主张民商合一。[1] 所以，主持民法典起草工作的胡汉民等人根据各国立法趋势力主民商合一，获得支持。（3）在民法内容上也多仿欧陆各国民法。如禁治产制度、法人制度、物之分类、债法制度等方面，均采德国、日本、瑞士、俄国民法相关制度。当时参与立法活动的吴经熊先生说：“我们试就新民法第 1 条到第 1225 条仔细研究一遍，再和德意志民法及瑞士民法和债编逐条对校一下，倒有 95% 是有来历的，不是照账誊录，便是改头换面。”这一评价，基本上反映了民国民法典大面积抄袭大陆法系国家民法典的概貌。不过，吴博士认为这不能叫抄袭，“我们的民法虽然大部分以德、瑞民法做借镜，要不能不问底细就认为盲从了……俗语说得好，无巧不成书，刚好泰西最新法律思想和立法趋势，和中国原有的民族心理适相吻合，简直是天衣无缝。”[2] 这也解释了民国时期中国法律的大陆法系化进一步加深的理由。民国民法的大陆法系化

---

〔1〕［美］约翰·亨利·梅利曼著，顾培东、禄正平译：《大陆法系》，世界知识出版社 1985 年版，第 114 页。

〔2〕《法律哲学研究》，上海会文堂新记书局 1933 年版，第 27 页。

加深，也与法国人宝道（Padoux）被聘为民法起草顾问有关。[1]

在诉讼法方面，民国诉讼立法继续师从大陆法系各国诉讼法典。民国伊始，以清末《民事诉讼律草案》为蓝本制定《民事诉讼条例》，“民事诉讼律由德国法递演而来，民事诉讼条例亦同属德国法系，惟多参采晚出之奥地利、匈牙利两民事诉讼法，并兼采取英美法，于德法之缺点矫正不少。德国于1924年曾将其民事诉讼法大加修改，日本亦于1926年修正其民事诉讼法。此二法可修改之处，《民事诉讼条例》多已采行。故《民事诉讼条例》较之德日法及《民事诉讼律》，实已大有进步。”[2]南京国民政府成立后，又以《民事诉讼条例》为蓝本，制定《民事诉讼法》，在体例及各种制度上，均仿从德国、日本、奥地利、匈牙利等国民事诉讼法典，特别是模仿德国、日本。[3]刑事诉讼法的情形亦然。自清末《刑事诉讼律草案》到民国初年的《刑事诉讼条例》，到南京政府的《刑事诉讼法》，均以德国、日本刑事诉讼法为师。

民国时期的行政法制也步大陆法系后尘而日渐发达。首先是行政组织法，中央各机关组织法基本完备，填补了清末以来的多项空白。其次，像《行政执行法》、《违警罚法》、《审计法》等一些基本的行政法典，也均系民国初期制定。这些立法，亦多仿德国、日本同类立法之制。

六法体系基本完善的标志是，民国时期，正式出现了以“六法全书”命名的法规汇编。1912年，上海法政学社正式以《中华六法全书》为名开始出版系列法规汇辑。1913年商务印书馆开始以《中华六法全书》为名出版系列法规汇编。此后，以《六法全书》命名的法规汇编本层出不穷，且编例日益精致，到1941年左右就

[1] 谢振民：《中华民国立法史》，正中书局1948年版，第913页。

[2] 谢振民：《中华民国立法史》，正中书局1948年版，第1222页。

[3] 谢振民：《中华民国立法史》，正中书局1948年版，第1232～1233页。

出现了附有立法要旨、立法理由、判例、解释例、参照条文的《六法全书》版本，这标志着六法体例的全面成熟。[1]

（二）司法组织及审判制度的大陆法系化

民国时期的司法组织，沿着大陆法系的模式进一步完善。（1）在法院及审级方面，民国初年，裁撤初级审判厅，于是对清末的《法院编制法》重加整理，于1932年完成《法院组织法》。该法改四级三审制为三级三审制，法院系统由地方法院、高等法院、最高法院三级构成。这一变革，亦是舍德国、日本而就法国、意大利之制。（2）关于检察机关的体制，民国采用法国、德国体制，将检察机关附设于各级法院内，但独立行使职权，隶属于司法行政部。这与英美法系国家司法部长兼任总检察长，司法行政与检察业务由同一套人马执行的情形大不相同。（3）在行政审判制度方面，民国政府亦采德国、法国体制，设立专理行政诉讼的行政法院，而不是仿英美制以普通法院受理行政诉讼。1912年《临时约法》即仿大陆法系，设平政院。1932年改设行政法院，专理全国行政诉讼之审判事务。[2]

民国时期的审判制度亦在清末审判制度上继续大陆法系化。这主要表现在以下五个方面：（1）检察官领导刑事侦查预审，司法警察完全受检察官指挥调度，警察机关没有任何独立的刑事侦审权力。这种体制，正是法国、德国等大陆法系国家的一般体制。此一体制民国期间即基本确立；（2）纠问式诉讼体制。作为大陆法系主要特征之一的"纠问式诉讼"模式，民国期间亦在中国正式确立。这种法官在法庭上既是导演、又是主角、常主动积极发问并操纵程序的体制，正与德国、法国等欧陆国家相同。（3）庭审程序。民国

〔1〕以上参见北京图书馆编：《民国时期总书目·法律》，书目文献出版社1990年版，第31～51页。

〔2〕展恒举：《中国近代法制史》，（台湾）商务印书馆1973年版，第234～235页。

民事刑事诉讼法确立的庭审程序，从宣布案由到宣读起诉书、讯问被告、法庭调查、法庭辩论、评议表决、宣判，几乎与德国、日本等国庭审程序丝毫不差。(4) 判决书体例，亦仿大陆法系体制。在大陆法系国家，判决书被视为法院的整体表态而不是法官个人据法判断。所以，"在法院宣告判决时，无须统计法官们赞成或反对的票数。在多数大陆法系国家的审判实践中，无论法官对案件的赞同意见还是反对意见，都不作记载，也不予公布，甚至不记反对票数。这是因为，通常总是把法院看成一个不露面的整体"。[1] 民国时期确立的判决书体制，还是这样一种体制。这种体制正是模仿法国、德国、日本等国的结果。(5) 立法性法院的形成。为了防止法律解释权落入普通法官之手，大陆法系国家一般都设定以它的最高法院为统一解释法律的机构，这就是所谓立法性法院。[2] 民国初年即以大理院为最高惟一的法律解释机构，编印《大理院解释例汇编》。后来，又以最高法院独享统一解释法律、法令之权。自 1929 年起，又以司法院大法官会议解释宪法并统一解释法律和命令。这种体制，与英美法系任何普通法院法官有权解释法律、审查法令违宪的情形大异其趣。

（三）大陆法系类型判例制度的形成

大陆法系的最显著特征之一是，它有着与英美法系显然不同的判例制度。中国近代判例制度正是以大陆法系的判例制度为模式建立起来的。

1. 判例的体制或存在形式。中国近代类型的判例大概始于北洋政府大理院的判例和解释例。大约 1912 年开始，大理院即编辑

---

[1] [美] 约翰·亨利·梅利曼著，顾培东、禄正平译：《大陆法系》，世界知识出版社 1985 年版，第 40 页。

[2] [美] 约翰·亨利·梅利曼著，顾培东、禄正平译：《大陆法系》，世界知识出版社 1985 年版，第 44 页。

《大理院制决录》；自1919年起，即有编辑《大理院判例要旨汇览》之举。这种汇编，尽可能压缩案件事实，有的甚至干脆省去事实，仅将判决理由之精华汇集成书。这种被压缩、提炼留下的所谓"判决要旨"，大多在200字以内，有的甚至仅几干字，相当抽象，如同法规条文。这种情形，与英美法系的判例汇编大不相同，却与大陆法系的判例体制一致。"大陆国家的判决中不愿论及案件事实"，"当判决印刷于期刊或判例汇编中时，则有将其截短甚至删减的倾向"。[1] "由于高级法院和部分下级法院的判例定期汇编和出版……依我们普通法的观点来看，这些判例往往被斩头去尾而且还缺乏完整的事实说明"。[2] 中国近代以来的判例体裁及存留方式正与此相似。这一方面固然受中国古代"例"制度的影响，但也不能否认有大陆法系特别是德、法、日等国判例制度影响。

2. 判例的效力。民国以来，判例在中国几乎没有正式的法定效力。判例在司法中只供法官参考。虽然1915年的《法院编制法》第37条规定："大理院各庭审理上告案件，如解释法令之意见与本庭或他庭成案有异，由大理院长依法令之义类，开民事科或刑事科或民刑两科总会审判之。"但这仅要求大理院新判案件不要与自己的成案矛盾，只是间接承认判例的效力，并不是直接规定各级法院可以援引上级法院成例判案。在编辑判例汇编时，大理院长公开宣称是"备参考，供取资"。[3] 但是，实际情形与此相反：各级法院都在适用判例。至少是将上级法院的判例作为法律解释与相关律文一起援用。司法判例汇编的不断编选、删废，不断依六法体例与成文法条一起分门别类出版，正反映了司法适用的频繁。

---

〔1〕 康纳德·威格特等著，高鸿均译："普通法和大陆法中发现法律的方法和诉讼程序"，载《法学译丛》1991年第2期。

〔2〕 [美] 约翰·亨利·梅利曼著，顾培东、禄正平译：《大陆法系》，世界知识出版社1985年版，第95页。

〔3〕 《大理院判例要旨汇编》第1卷，1919年版，第1页。

这种情形与大陆法系国家的情形相类。在大陆法系国家，原则上讲，“法官在审理案件时只能根据‘确定’的原则，解释和适用立法机关所制定的法律，司法判例不准作为‘法律’来加以引用”。但实际上与此相反，“判例在法院审理案件的过程中一再被引用。如果判例是上级法院所作，那么下级法院法官即使对判例的正确性持有异议，一般也只好依判例办案，因为他并不希望自己所作的判决被上级法院撤销。如果判例系最高上诉法院或与之相等的司法机关所作，那么这些判例就具有解释法律的权威，对下级法院发生普遍的拘束力。”〔1〕“虽然没有‘服从先例’的正式原则，法官的活动却受到判例的影响”，“律师在辩护中总是引用判例，法官判决案件也常常参照判例”。〔2〕

民国时期的判例，法律上或理论上没有拘束力，但实践上有法律效力。这种情形，与中国传统的“例”在法律上、事实上均有最高效力的情形大不相同。所以可以说，这种情形的形成，主要是受了德国、法国、日本、意大利等大陆法系国家判例制度的影响。

3. 判例的作用。民国时期确立的判例制度，在判例作用方面也与大陆法系一致。就民国历次所编汇判例的内容看，其作用不外是二者：一是解释法律；二是补充法律，〔3〕如最高法院 1930 年上字第 364 号、第 1174 号判例对旧刑法第 36 条“正当防卫”的要件的解释说明，〔4〕便是解释法律的显例。又如，1944 年大理院上字

〔1〕［美］约翰·亨利·梅利曼著，顾培东、禄正平译：《大陆法系》，世界知识出版社 1985 年版，第 93～95 页。

〔2〕［美］约翰·亨利·梅利曼著，顾培东、禄正平译：《大陆法系》，世界知识出版社 1985 年版，第 51 页。

〔3〕此处参考了同事武乾《论近代中国的判例制度》一文（载《现代法学》2001 年第 2 期），谨致谢意。

〔4〕《最高法院判例要旨》中册，大东书局 1944 年版，第 393 页；1946 年版，第 1 辑，第 236 页。

第207号判例创制了中国近代民法中的“不当得利”制度，[1] 这是以判例补充法律的显例。

这种情形与大陆法系相似。“判例在大陆法系国家可以看做是司法解释的一种形式”，[2] 大陆法系从禁止法官解释法律到容忍法官解释法律，实是法系内部的一场革命。其解释的方式当然是通过判决显示出来。此外，法官有权通过判例补充发展法律。《法国民法典》起草人之一的波塔利斯认为，“法官面对很多法律没有规定的事项是必然的。在这种场合，应该允许法官有根据正义、良知和睿智的光辉补充法律的权能”。[3] 正是在这种思想的指导下，法国的法官们根据《法国民法典》第1382条简单的原则性的规定，建立起了完整的侵权行为法体系，“(法国的) 侵权行为法几乎完全是根据法典中的几条概括规定而发展起来的司法判例”。[4]

中国自民国以来的这种判例制度情形，与中国封建时代“编例”的情形虽然有一定相似之处，但却有着显著的差异，即中国古代的“例”以皇帝御判的方式做出，有最高法律效力，常常是“以例破律”、“因例废律”。不是解释补充律条，而是取代律文。近代中国的判例则不然：它是法官们的创作，没有绝对的效力。依附律文而存在，仅起解释补充之类作用。因此，我们认为，这种判例制度不是中国传统判例制度的遗留蜕变，而是大陆法系判例制度影响的结晶。

---

〔1〕《大理院判例要旨汇览》第1卷，1919年版，第83页。

〔2〕董皞：《司法解释论》，中国政法大学出版社1999年版，第326页。

〔3〕[法] 勒内·达维：《当代世界主要法系》(英文本)，伦敦斯蒂文生父子出版公司1978年版，第138页；转引自郭华成：《法律解释比较研究》，中国人民大学出版社1993年版，第29~30页。但该书中译本（上海译文出版社1984年版）并无此文。

〔4〕[美] 约翰·亨利·梅利曼著，顾培东、禄正平译：《大陆法系》，世界知识出版社1985年版，第59页、第95页。

三、新中国的法制历程与大陆法系影响

新中国的法律制度，人们一般不再将其列入大陆法系，而是与前苏联及其他社会主义国家一起另编一类，称之为“社会主义法系”。事实上，这种划分是值得商榷的。大陆法系、英美法系的划分是以其法律形式、风格、程序、组织等外表特征为依据的，但“社会主义”不是以这些特征为依据的，而是以法的原理、价值、正义观、基本的制度选择上的差异为依据。“社会主义法系”概念似无法与大陆法系、英美法系两概念并列。不过，不管怎么划分，我们不能不承认，社会主义各国的法律更多地受到大陆法系的影响（社会主义国家原多为大陆法系区域），相当程度上具有大陆法系的特征。新中国的法律尤其如此。

新中国的法律体系有两大源头：一是革命根据地法；二是苏联法。革命根据地法一方面受苏联法律的影响，另一方面也受当时国统区法律的影响。不过前者是公开的，后者是潜在的。苏联法的前身是作为大陆法系成员的俄国法；国民党政府的法律则自清末以来一直以德国、法国、日本代表的大陆法系为师，内容上虽然不断有变化，但形式、风格、组织、程序上自有难以逃脱的习性或胎记。因此，新中国法的两个源头都是大陆法系的。

新中国法律受大陆法系影响体现在许多方面。

（一）从法律体系看

新中国的法律体系，虽至今天才基本形成，但建国初即有了基本构思。在完成宪法之后，毛泽东就多次强调“民法刑法都要搞”，当然是指要搞民法典、刑法典。早在“文化大革命”前就开始了刑法典的起草工作，易稿三十余次。1979年以来，我们先后完成了《刑法典》、《民法通则》、《合同法》、《民事诉讼法》、《刑事诉讼法》等基本法典的创制，基本形成了以这几大法典为主干并率领许多相关的法律、法规共同组成的一个庞大体系。这种法典体系，与作为大陆法系表征的五法典或六法典体系并无根本不同。从立法指导思

想来讲，要搞“成龙配套”的法典体系，也一再是立法者的主要愿望。而这正是大陆法系的习惯观念。

（二）从法典编纂观念看

新中国的法典编纂观念与大陆法系的法典编纂观念极为接近。(1) 我们以《关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》（1949 年 2 月党中央发布）拉开了新中国法制建设的序幕。这一指示宣布废除国民党的“六法全书”及一切法律制度，命令任何机关不得再加援引，宣布应当根据马列主义理论和解放区的司法原则建构新的法律制度。通过废除国民党的法制，可以实现“砸烂一切旧的国家机器”，为建立新的秩序廓清道路的目标。这种思路，正是大陆法系的思路。梅利曼先生描述的大陆法系的法典编纂观念是：“盲目的理性主义者一方面认为：历史可以通过废除法规而消灭；另一方面又设想，一个全新的法律制度只要吸收不合理法律制度中的某些合理成分就会建成，并取代旧制度。”[1] (2) “推崇民族国家的国家主义”观念地深深地影响了新中国的法典编纂。新中国成立以来，之所以要特别强调废止、批判旧中国法律及法律意识，乃是因为它们是“半封建半殖民地法”，是“卖国政府的法”，是抄袭帝国主义的法；中国过去丧权辱国，中华民族受外族欺侮，似乎均跟这套法律有关。中国要自强自立，中华民族要站起来，就得重新建立一套充分体现和捍卫民族独立自主的法律体系。为了这一目标，必须统一全民族（全国）的一切法律制度，首先谋求内部的一致，使国内不同地区不同族群的法律完全划一而无矛盾。这种观念，与梅利曼所述法国革命后法典编纂者的观念不谋而合：“废除所有旧法并限制它们对新法的影响，其原因之一就是他们推崇民族国家的国家主义。国家主义者认为，一切在这种国家

〔1〕〔美〕约翰·亨利·梅利曼著，顾培东、禄正平译：《大陆法系》，世界知识出版社 1985 年版，第 30 页。

（指民族国家——引者注）建立之前形成的法律及来源于外国的法律（如来源于欧洲的法），都有损于国家主义思想……推动国家集中统一的运动，使各地不同法制和法规的归并（即划一——引者注）日益重要，'全体法国人应当适用一个法律'的自然法思想，正反映了这种要求"。[1] 本于类似的"推崇民族国家的国家主义"观念，新中国成立后前 30 年几乎只强调否定、批判外国法的因素及影响，也从未正式"认可"任何一个地方或民族的原有习惯或旧中国的任一法律制度为仍有效力的法律。（3）关于立法应尽量通俗易懂方便大众的观念，也相当大陆化。梅利曼认为，大陆法系特别是法国近代法律创制指导思想之一是"废除法学家的作用"、"建立简单、无技巧、通俗易懂的法律制度"。而"实现这个目标的一种方法，就是用清楚、明确、直截了当的方式表述法律，以使公民无须请教律师和法院就读懂法律，知道他们的权利和义务"。[2] 新中国成立以来的立法观念何尝不是如此？法典中尽量回避"法言法语"，尽量通俗易懂，尽量用生活语言。法学家在建国后近 30 年里一无用处，其拥有的知识只是"旧法观念"，是原罪，须终日忏悔。直到改革开放前夕，我们还不曾认识到法学家有什么用途。（4）关于立法必须有利于防止"法官立法"的观念也类似于大陆法系。大陆法系的习惯观念认为："法律必须完整、清晰、逻辑严密。如果不能达到这种要求，就必然造成法官立法"。[3] 新中国的立法，在头 30 年里虽然是以"宜粗不宜细"为指导思想。但是现在，我们越来越以实际行动否定这一原则，立法越来越细密、法典篇幅越来

---

〔1〕［美］约翰·亨利·梅利曼著，顾培东、禄正平译：《大陆法系》，世界知识出版社 1985 年版，第 30 页。

〔2〕［美］约翰·亨利·梅利曼著，顾培东、禄正平译：《大陆法系》，世界知识出版社 1985 年版，第 31 页。

〔3〕［美］约翰·亨利·梅利曼著，顾培东、禄正平译：《大陆法系》，世界知识出版社 1985 年版，第 31 页。

越大。其出发点，不外是务使立法完整、清晰、严密，以防法官“上下其手”、“任意出入人罪”，也防止法官立法。

（三）从法律解释体制看

新中国的法律解释体制与大陆法系的法律解释体制十分相近。在大陆法系国家，一方面，出于立法司法分权原则，理论上不容许法官有解释法律（实为法官立法）的权力。另一方面，由于事实上法律自身的天然局限，无处不需要解释，故又不得不容忍法官作司法解释，即容许法官作有限的法官立法。为了解决这一矛盾，大陆法系国家不约而同地采取了一种共同的解决方案，即“最高上诉法院”成了“立法性法院”，“对保证下级法院正确统一解释和适用法律负有基本职责”，由它来就法律法令的适用问题作统一解释。〔1〕

新中国的情形也是如此。中国虽并不像欧陆那样强调立法司法分权，但是在防范和反对法官解释法律即反对法官立法方面不谋而合。我国的做法与欧陆相似：一方面千方百计防止法官们自行解释法律，上下其手。宪法明文规定法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会（《宪法》第67条），而未许可任何司法机关分享此权。但是另一方面又规定“最高人民法院对于在审判过程中如何具体应用法律法令的问题进行解释”。〔2〕这就使最高法院成为“立法性法院”，使最高法院成为实际上的法律解释机关。其所解释的法律，常常超越“如何具体应用法律法令的问题”的范围。反过来，全国人民代表大会常务委员会除了制定特别法令修改、变更既有法律外，不再行使法律解释权。这种法律解释体制，可能有着大陆法系的影响。

---

〔1〕〔美〕约翰·亨利·梅利曼著，顾培东、禄正平译：《大陆法系》，世界知识出版社1985年版，第44～45页。

〔2〕《人民法院组织法》第33条。

（四）从司法组织和审判体制看

新中国的司法组织由基层、中级、高级、最高四级法院组成，实行两审终审制。最高法院基本上不具体审理任何案件，而是作为全国法院的最高领导机构，并负责就法律的解释和适用问题作权威性的解答。它即使审理案件，也大多与“法律的解释和适用”问题相关，一般不审理案件的事实问题。这种情形与大陆法系普通法院的体制及其最高法院的作用很相似。[1]

新中国的司法审判，基本上仍是大陆法系式的“纠问式”诉讼模式，法官充当法庭上的主宰者，包括陪审员在内的法庭上所有的人基本上都在法官的支配指挥之下。法官的角色基本上没有消极中立的仲裁者色彩，只有父母官主动积极审察案情、分清是非、惩恶护善的色彩。近年虽然许多地方在搞“辩论式诉讼”改革，但这是一个涉及到整个法律体系制度基本构思、立足点的宏观问题，不只是在法庭上改改法官的问语及法庭程序安排就能解决的。

在法院判决方面，新中国的体制也是大陆法系式的。（1）法官基本上没有独立依据法律判决案件的权力，案件判决须经法官的“领导”批准。一般案件报庭长批准方可制作判决，稍大一点的案件就要报院长或审判委员会批准。法院的体制，一如行政机关的首长负责制。法官与庭长院长基本上是行政机关中主官与僚属的关系。（2）判决基本上不反映法官的个人意见，只笼统宣布依法做出如何判决，从不宣布合议庭中赞成、反对票数及反对意见。这些情形与大陆法系的情形相似。在大陆法系国家，“通常总是把法院看成是一个不露面的整体”、“法院宣告判决时，无须统计法官的赞成或反对票。在大多数大陆法系国家的审判实践中，无论法官对案件的赞同意见还是反对意见，都不作记载，也不予公布，甚至不记载

---

〔1〕［美］约翰·亨利·梅利曼著，顾培东、禄正平译：《大陆法系》，世界知识出版社1985年版，第99页。

反对票数"。[1] 至今我们各法院的判决书不都是如此吗?

（五）从判例及法律渊源来看

新中国从未把判例正式认定为法律渊源。判例在审判并无独立价值，仅起着参考作用。它作为成文法条的解释说明、具体化、补充，仅可依附于相关法条而使用，不能单独适用，甚至根本不能出现于判决书中。法官为处理眼下的案件而寻找法律依据时，首先想到的是寻找成文法规的一般性规定，而不是寻找先前的判例中体现的原则、规则或构成条件。这种情形与梅利曼所言大陆法系国家的情形（见前）相当一致。对待判例的这种态度，应与大陆法系的潜在影响有一定的关系。

结语

大陆法系对中国近代以来法律制度的影响问题，是一个相当复杂的问题。本文只能就此一影响的形态作一个初步的描述。本文所描述的仅仅是其中的一部分，也许尚有许多体现这种影响的事实我们还未认识清楚，亦因篇幅所限尚有许多无法穷举。在列举了这些影响形态后，我们也许要问：中国近代法制变革为何易于受大陆法系影响而不是易于受英美法系影响？这是另一个很有意义的理论问题。吾友郝铁川兄已就此作了一个初步的回答。[2] 也许，进一步深入研究中国传统法律文化与欧陆法律文化之间的潜在相似性，是这一课题进展的关键。

[作者附注]

本章的前半部系最高人民检察院检察员叶锋博士执笔。感谢叶兄同意我将此文选入本书。

---

〔1〕［美］约翰·亨利·梅利曼著，顾培东、禄正平译：《大陆法系》，世界知识出版社1985年版，第40页。

〔2〕《中华法系研究》，复旦大学出版社1997年版，第195～212页。

第十四章　中西法伦理合璧与法治模式的中国特色

任何民族的法制或法律秩序，都是“形”“魂”统一体。“形”即典章制度、相关设施及其运作；“魂”即观念、伦理形式的法或法伦理。我们特别应该注意的是那个“魂”，它是一个民族的人民供奉的“自然法”、“神圣法”、“天理天则”，等等；也常常可能是一个民族现实的法律秩序在人民观念中的反映，当然是批判、升华了的反映。这种法伦理，是一个民族的主导伦理，它决定着一个民族法律秩序的内容、风格、模式。一个民族同时存在多套伦理，但占主导、统率地位的只有一套，此即法伦理。[1] 亲属法伦理对于中华民族的法律秩序，宗教法伦理对于印度和阿拉伯民族的法律秩序，市民法伦理对于欧美民族的法律秩序，都是如此。因此，要认识一种法律秩序，不能不先领悟其法伦理；要建成一种新型法律秩序，不能不致力于改造旧的法伦理并培养成一套新的法伦理。

我国政府已向全民族人民庄严地提出了“依法治国，建设社会主义法治国家”的伟大目标。法治是人类文明史以来最高层次的法律秩序，社会主义法治应是法治的最完善形式。这一目标给我们的任务，当然不仅仅是制定和执行各种各样成龙配套的法律，而且也包括更新或重建我们民族的法伦理。这种更新或重建，决不能仅靠

---

〔1〕“法伦理”是指以伦理、公道、正义等形式存于人们心目中的行为准则，是人定法背后的伦理形式的法则或信条。它是观念形式的法律，不是文本或其他有形态的法律，但因其实质仍是伦理，故名为“法伦理”。

对“民主”、“自由”、“人权”、“平等”、“公平竞争”等新型法伦理的启蒙宣传及通过新型法律规范对这些伦理的传播去完成，必须吸收传统法伦理的精华方可完成。或者说，只有融合新型市民法伦理与传统的亲属法伦理二者的精华，才能建成作为中国社会主义法治的社会土壤或民族心理基础的新型法伦理。这正是有中国特色的法伦理。若不致力于建成这样有新时代中国特色的新型法伦理，中国的法治可能如移植大树于干旱的沙漠之中。这种新型法伦理是中国法治的灵魂，本文正打算为这一灵魂的铸成提出一点粗略的思路，亦即为中国特色的法治模式的形成提出一点设想。

一、中西两种法伦理的优长与偏误

（一）西方的市民法伦理

西方的法律秩序，从古希腊罗马到近现代，虽然有变革，但基本上可以视为商业性、市场性法律秩序。其法律秩序背后的法伦理，是市民伦理。这种法伦理的主要内容是：任何人生来都应有基本的权利，人们应当平等，人格应当自由，义务应与权利相应，市民应当自治，竞争应当公平，人际关系应当互利，交易应当自主自由、等价有偿，公共规则应来自多数人的合意，公共规则的权威至上等。从柏拉图的《理想国》、《法律篇》，亚里士多德的《政治学》，西塞罗的《论法律》、《论共和国》，直到孟德斯鸠的《论法的精神》，洛克的《政府论》，卢梭的《社会契约论》，斯宾诺莎的《神学政治论》，约翰·密尔的《论自由》，等等，我们可以发现在这些主张上基本一致，古今一贯。不过表述各有不同。这些伦理体现于法律，即是西方那极为严密丰富的以保障“人权”、“平等”、“自由”、“自治”、“公平交易与竞争”、“权力服从法律”、“罪刑相适应”、“罪刑法定”、“契约自由”、“契约神圣”、“私有权神圣”等为目的的法律规范或制度。西方法制，人们喜欢称之为市民社会法，因此我们可以把其法制背后的伦理称为市民法伦理。这套伦理的实质是把一切人际关系统统视为市民关系，视为商品的生产、交换、

消费者们之间的相互关系。推而极之，国家是“社会契约”的产物，家庭是“婚姻契约”的产物。[1]任何人，一旦被认为具有完全行为能力，则应与一切人（包括与至亲至戚）立于可以互立契约、独立处理自己的权利和义务、互相有偿给受利益的对等地位，不应有差别，不应有特权或歧视待遇。

这种法伦理重视个体自由、平等和个性解放，反对封建依附式的人身和心理束缚，为人类社会的群性生活秩序（和平共处，和平竞争，平等互利）提供了较好的规划和解释，为人类的竞争力、创造力的解放提供了动力。在它尚未夸谬到将灵魂、肉体统统变成契约标的物的限度以内，在尚未夸谬到把人的一切主张需求统统简化为物欲的限度以内，在尚未夸谬到将至爱亲朋间的一切往来都视为交易行为的限度以内，这种法伦理显然是合理的、优越的，合乎人性的。一旦超出了这个限度，过分忽视家庭、亲属之爱、情感、精神、人格、尊严的意义和价值，就必然走向谬误或偏暗，就可能导致人性的沦丧或人的异化。现代西方所谓“工业社会病态”、“后现代综合症”，[2]都说明了这一点。是以西方仁人志士现在又纷纷倡议“人性复归”、“家庭重建”、“挽救伦理”，等等，其法律也有所矫正。

（二）中国的亲属法伦理

中国传统法律秩序背后的法伦理，是“亲亲尊尊”、“孝悌忠信”、“三纲五常十义”，等等。其具体的规则信条甚多，其中心意

---

[1] “社会契约论”萌芽于古希腊的伊壁鸠鲁和吕哥弗隆。最早论述得比较直接而清楚的是西塞罗。参见［古罗马］西塞罗著，王焕生译：《论共和国　论法律》，中国政法大学出版社1997年版，第39～48页。发挥最完整的是卢梭，参见《社会契约论》，商务印书馆1982年版。“婚姻契约”说表达得较完整的是黑格尔，参见《法哲学原理》，商务印书馆1986年版，第157页。

[2] “工业社会病态”、“后现代综合症”所指面甚广，但主要指人际关系的冷漠、亲情消淡、个人的极端孤独空虚、人的机械化，等等。

旨是把一切人际关系视为家人（有时包括仆婢）或亲属之间的关系，要求对待社会上的各类不同身份的人分别如对待家内尊卑亲疏关系不同的各种亲属（家人）一样。如对待国君、师傅、宗教长老等如父母，对待官吏、师兄如兄长，对待朋友如兄弟，对待妇女如姉姨姐妹，对待下属如子弟仆婢，等等。无须为家以外的人际关系另设伦理规则，一切移用亲属伦理就够了。此即“移孝作忠”、“移悌作敬”，等等。

这种亲属法伦理并非完全是糟粕谬误。它重视亲情、重视家庭、重视和谐，强调亲属之爱的崇高性、正当性，反对以物欲害亲情，主张国家政治应像家庭生活一样有人情味，主张给人们更多的保护亲属的权利，主张责人们以更多的敬、爱亲属的义务。甚至认为在国家利益和亲属利益发生矛盾冲突时，适当承认“舍国为家”的正当性。这种法伦理为人类最基本的人际关系和最基本的爱提供了很好的策划和解释，为人类社会生活的温情化、感情化提供了动力，为人类社会生活的和谐做出了贡献。它的“四海之内皆兄弟”、“老吾老以及人之老，幼吾幼以及人之幼”[1]的“推恩”或“亲情推展”式伦理主张，具有永恒的意义。显然，这种亲属法伦理，在尚未夸谬到把国家一切政治都简单视为家人或亲属间事务并主张“君为臣纲”的限度以内，在尚未夸谬到主张为亲人利益而故意加害“疏人”的限度以内，在尚未夸谬到“父为子纲”、“夫为妻纲”即过分扬尊抑卑乃至“以理杀人”的限度以内，在尚未夸谬到为礼教而蔑视个人人格价值即“礼教吃人”的限度以内，它是合理的、优越的。

---

[1] 《论语·颜渊》，《孟子·梁惠王上》。孟子云：“故推恩足以保四海，不推恩无以保妻子”，认为“推恩”是政治基本伦理准则。此即“为民父母行政”（《孟子·梁惠王上》）。

（三）中西不同的侧重点及对今日中国法治的意义（两者结合的必要性）

真理推向极端都会走向荒谬，中国的亲属法伦理和西方的市民法伦理过去都曾被推向极端。我们决不能以推向极端后出现的谬误来从根本上否定这两种传统伦理本身。两者的优长或精华，我们不能不认真总结吸收，以期中西合璧，重铸中华法治之魂。

人之所以为人，主要在于两者。一是有家庭和亲属关系之法则，不像动物界无亲伦无禁忌。用荀子的话说，就是有“伪”、有“别”，[1] 亦即在亲属和非亲属之间，有不同的守则；对于不同的亲属关系，有不同的守则，不可完全无差异。[2] 一般说来，人们对亲属和非亲属的情感、权利、义务观念有所不同，对不同的亲属的亲情感不同，权利、义务责任感均不同，这是极为合乎人之本性的、自然而然的。二是在亲属圈以外的社会生活里，有社会法则；不像动物界基本上只靠肌肉爪牙之力决定一切秩序和利益归属。设定与动物不同的和平的共处、竞争、互利规则或权利、义务，这也是合乎人之本性的。总之，两者都是“人之异于禽兽者”。[3] 对“人之异于禽兽者”善加保护、弘扬、利用，应是一切伦理甚至整个精神文明的出发点。同时，从功利主义角度上讲，我们也不能不重视此两者：不重视社会法则，则互处竞争无序，自相残害，社会即无和平和秩序可言；不重视亲情法则，则社会的和平和秩序并无真正扎实的根基。人不爱亲属、不礼让于家，则不大可能爱他人并

[1] 《荀子·性恶》，《荀子·仲尼》。“伪”是指人为的伦理法则，“别”伦理法则设定的人际差别、等级义务。

[2] 比如，任何民族都不可能允许完全以夫妻间的关系规则对待父母兄弟姐妹和子女。

[3] 《孟子·离娄下》：“人之异于禽兽者几希，庶民去之，君子存之。”孟子所注意到的人之异于禽兽者，可能主要是人的亲属伦理属性及个人自我伦理约束之属性，不是社会属性。

礼让于社会。爱亲属而礼让于家者对国家秩序的破坏欲和对他人加害之可能性，远远小于"无父无亲"者。[1]中西先贤先哲都清楚地看到了此两者，中西精神文明、制度文明都注意到了此两者。不过，中西双方都不是将两者并重，西方人站在后者的立场上附带地注意到前者；中国人站在前者的立场上附带地注意到后者。双方一开始即有立场偏差。久而久之，中国过分强调前者，西方过分强调后者，甚至夸谬到前述有害境地。尽管如此，对这两个方面，任何文明民族的伦理、法制都不能不关注、不能不尽心设计相应的规则。法治，尤其是中国的社会主义法治，更不能不从此两者出发。

中国社会主义法治，应该是比西方资产阶级法治更完善、更真实的法治。这种法治，当更尊重、顺应和完善人性。我们必须既重视人的亲情，又必须重视人的社会性，这两者必须并重，不可偏废。中国传统伦理对人类的社会性或社会生活规则不重视，过分重视家庭和亲属关系，封闭性太强，我们当然不可简单沿袭；西方传统伦理对人类的爱家爱亲属性不太重视，过分重视社会互处与竞争关系，也不利于人们之间的和谐亲近。我们当然也不能简单移植。但是，两者的合理成分我们都应吸收。我认为，为了铸成中国社会主义法治的灵魂，我们一方面必须全面灌输确立市民法伦理，以与社会主义市场经济和市民生活秩序的建设相呼应，以矫正中国传统法伦理的前述偏误。另一方面在此前提下，我们也应适当地保存和弘扬中国传统亲属法伦理的精华，以矫正市民法伦理之偏误，防止在西方出现过的弊病在中国再现。两者应相互融合，互矫弊病，互吸精华，成为一个新的整体，一种完全新的法伦理。这两方面任务，前者为主，后者为次。因为中国目前最要紧的是确立市民法伦

---

〔1〕孔子言："其为人也孝悌，而好犯上者鲜矣"（《论语·学而》）；孟子言："人人亲其亲，长其长，而天下平"（《孟子·离娄上》），均提示了这一道理。这一道理，若排除"孝悌"的极端意义，对西方也适用。

理。既然自近代法制变革以来一切立法均是追求市场秩序之立法，均以市民生活秩序为立法取向，那么当然应以确立市民法伦理为主要任务。但是，为了“法治”这种新事物能在中国生根开花，我们又不能不重视对民族伦理传统的弘扬利用。新法制如没有中国特色，是很难真正在中国有效的。这当然不仅仅是为了特色或为了国人接受法治的方便，更为了法治更合人性人道（矫西方病），更为了法治的目的即人权自由平等的真正有效实现。后文我将具体探讨两种法伦理融合的可能性和途径。因篇幅所限，我只能从以亲属法伦理来矫正市民法伦理之偏误的角度为主来略加讨论。

二、中西两种法伦理结合的可能性

市民法伦理和亲属法伦理能否结合？两者有否根本的矛盾冲突？我认为，两者是能结合的，两者并无水火不容之处。其起始及合理部分都是相容的。所不相容者，只是两者被夸谬（或被推向极端）的部分。要探讨两者综合的可能性，我们只需解决以下两个问题：

（一）讲求亲属之关爱、家庭之亲聚，是否一定要以“爱有差等”、“尊卑有别”、“以亲害疏”的方式去实现

人类社会生活不能不讲求亲属之关爱，这是人类最基本的爱。人类也不能不讲求家庭之亲聚，因为家庭是人类自生而必须加入的最初的“社会”组织。藐视亲属关系和家庭的意义，必有害于人类的正常发展，违逆人性。讲求亲属之爱和家庭的凝聚力，应当如何讲求？当然有一个正常途径和合理限度的问题。

亲属法伦理的目的是要使亲属之间有更完全而深厚的关爱或情感。理由不外两方面：一是认为人性本来如此，人都是先爱亲属而

后才能爱他人。[1] 对这种人性只能顺应，不能违逆。二是认为应当如此，只有善加保护培养人类这种最本能最自然的爱，才能保护和发扬人的善端或善的萌芽，才能使人们推亲爱于社会，达到“老人之老”、“幼人之幼”，以天下人为同胞兄弟（“民吾同胞”）的境界。[2]

要达到这一目的，肯定不能不在以下两个方面有所区别：一是对亲属的权利、义务应有别于对非亲属（常人）的权利、义务；二是对家的责任应有别于对国、对社会的责任。

要体现这两个“别”，有许多途径。例如，第一个方面，可以在伦理上、法律上规定为了亲属之利益，任何人可以享有比为了常人之利益时更多的权利。如有的刑事诉讼法规定当事人近亲属有独立告诉上诉之权利。还可以规定为亲属之利益，任何人应负比为常人之利益更多更广更重的义务，如刑法上规定亲属间遗弃罪重于其他遗弃罪。还可以规定在损害了亲属的利益时应负担更重的法律责任，如伤害亲属应罪刑重于常人间伤害，等等。第二个方面主要体现为“亲属容隐”等，即规定个人对家庭的袒护之责任大于对国家告举罪犯的责任。

很显然，要体现这两个“别”很简单，只需设定对亲属的权利、义务责任不完全等同于对常人的权利、义务责任就够了。所谓“不完全等同”，就是说在绝大多数场合应等同，以合“平等”之

〔1〕《孟子·告子上》：“恻隐之心，人皆有之……恻隐之心，仁也。”《孟子·尽心上》：“人之所不学而能者，其良能也；所不虑而知者，其良知也。孩提之童，无不知爱其亲也；及其长也，无不知敬其兄也。亲亲，仁者；敬长，义也。”

〔2〕《孟子·公孙丑上》。孟子认为应使人们的“爱亲”、“敬长”的“良知良能”或“善端”“达之天下”（《孟子·尽心上》），又认为“人人亲其亲，长其长，而天下平”（《孟子·离娄上》），又谓“亲亲而仁民，仁民而爱物”（《孟子·尽心上》）。孔子认为，在上位的人爱不爱亲属对天下万民的影响作用甚大：“君子笃于亲，而民兴于仁”（《论语·泰伯》）。

义；但少数场合可不等同，应有特殊权利、义务责任，以合亲情之义。这样强调对亲属的特殊权利、义务责任，不是为了破坏“平等”，而是为了保护特殊情况下“平等”和权利。此即《尚书》所谓“惟齐非齐，有伦有要”，[1]以“不齐”的手段方式保障特殊情况下的“齐”。《尚书》本意并非讲“平等”，而是讲以刑罚“世轻世重”的变化实现刑罚均平。这里借其辞而赋予新意。例如，关于对亲属的权利，就不可能与对常人的权利完全一样。私法上权利且不说，仅从公法上的权利而言，尊亲属或年长亲属有略带强制地管教约束未成年卑亲属之权利（力），而对常人中的未成年者则无此权。又如，关于为亲属之利益而享有之权利，仅从公法上讲也有许多，典型的是拒绝为亲属有罪作证之权利，为亲属之利益而独立上诉的权利，等等。这些权利，任何人不可为其他常人之利益而享有。再如，关于对亲属的义务责任之特殊性，如规定对亲属的人身侵犯、性侵犯罪责重于对常人，规定对亲属的财产侵犯罪责轻于对常人，规定对亲属的遗弃罪责重于其他遗弃罪，等等。在这三类场合，如果规定对（或为）亲属的权利、义务责任与对（或为）非亲属的权利、义务责任完全一样，反而失去了公平、平等之义。

为什么呢？道理也简单。例如，拒绝为亲属有罪作证问题，若取消这一权利，对被告人的亲属来说是不公平的，是悖逆人之常情的。任何人都不能不承认，从人性或人之常情上讲，为自己的亲属有罪作证是不太情愿的，其难度远大于为非亲属有罪作证。这是血缘情感、朝夕相处的情感及荣辱连带的事实所决定的。若规定人们有为亲属有罪作证的义务，显然苛求了他们，显然并未将其放在与常人平等的地位，显然未考虑他们的特殊关系身份。其他情形同理。如若规定盗窃近亲属财物罪刑等同于常人相盗，也不公平，因为亲属间财产界限本来就不如常人间分明，对亲属一般也不设较严

[1]《尚书·吕刑》。

的财产防卫措施，亲属之间也的确有更多的道义上的互济义务，所以说盗亲属财物者犯罪恶性远远小于常人相盗。所以不能机械地考虑平等。亲属相奸的情形更是如此：任何人都对亲属负有保护其贞洁的义务，这种伦理义务本来就重于常人，这是人性的要求。若规定对亲属的性侵害罪同于常人，则显然不公平。对加害人来说，是罪重而刑轻（因其犯罪恶性更重）；对受害人来说，是受害更重而得到的保护更弱。[1]

只要做到以上这些基本的差别性规定，就可以体现在特殊情况下的平等、公平，就可以在尊重亲情、捍护亲情中实现公平、平等。在此之外，稍做过头一点就有问题，就反而不公平、不平等。

中国旧法中的"尊卑有别"就是"过度"的表现之一。本来，在家庭里，尊亲属对未成年卑亲属有保护、管教、养育的权利义务，未成年卑亲属对尊亲属有要求保护、抚养、接受管教、给予尊敬的权利和义务。这两者的权利义务应是对应的、平等的。不应有权利义务分离或权利仅存于一方面义务仅存于另一方的情形。比如管教权，父母有管教权，同时也必须负担保护子女人格尊严及权利亦即不滥用管教权的义务。子女有接受管教的义务，但也有反抗管教权滥用的权利（包括诉之国家）。这样的平等互动设计才真正有利于亲属双方利益，才符合人性。若仅规定父母有管教权，而不规定子女有反抗虐待权，则天平倾斜，必致纵容父母滥用权利损害子女人格和权益，甚至滥行损害子女的健康和生命。这又正好违背了亲情之义。中国古代伦理和法律之失误正在如此。子孙侵害父祖，罪至重；父祖侵害子孙，罪显然轻。过分保护尊长而压抑卑幼，正违背平等之义，也违背人性（人的本性在爱父母与爱子女的情感上本无程度差别）。这方面事例甚多，不赘举。

---

[1] 这类理由探讨，我在《"亲亲尊尊"与亲属相犯：中西刑法的暗合》一文的第二部分作过仔细说明。详见本书第七章。

“爱有差等”（仅指在亲属圈之内）又是“过度”的表现之一。本来，在法律规定的近亲属圈之内（如享有继承权的亲属圈之内），当事人是否依血缘关系的远近而有差等地给予爱，这完全是个人道德范围的事，是个人情感自治范围的事，法律不必强迫。因为，在法定亲属圈内，由于相处的时间、方式、程序不尽相同，完全可能导致互爱的程度并不一定与血缘远近成正比。有时甚至可能相反，与血缘较远的亲属的情感反而更深于与血缘较近的亲属之情感。法律实在不应一刀切地以“成正比”为假设的前提来规定人们对血缘近的亲属的义务责任重于对血缘稍远的亲属的义务责任。中国古代伦理和法律的重大偏失也在于此。中国古代分亲属关系为五等。所谓“五服”，起始于规定对亲属之丧故表示痛心的程度方式有差等。“五服”里，不光有血缘关系远近之分，也有尊卑之别。礼制规定对父母之丧必须以服“斩衰”（生麻布上衣，不缝边，以刀斩断之）、戴草缨、持丧杖、枕土块、守丧三年、呼天号地等方式表示痛心和哀悼。对祖父母、伯叔父母、兄弟姐妹、子女之丧，则可服“齐衰”（较好一点的粗麻布上衣，可缝边及下摆），可持杖或不持杖，守丧三月、五月、一年或三年等方式表示痛心和哀悼。对于堂兄弟姐妹、儿媳、侄、孙子女等，则服“大功”（用细麻布做成丧服，加工较好），时间更短。“小功”、“缌麻”递减。这种等差规定实在管得太宽，管过度了。这正是以要求“爱有差等”、“越近亲属越爱”为前提的。相应地，在亲属相犯时，也以服制五等定罪：仅就卑亲属犯尊亲属而言，服制越近越重，处刑越重。[1] 这也实际上是法律强加给人们对越是近的亲属爱护的义务越重。人们是不是真的对血缘越近的亲属去世越痛心？人们是不是真的对越近的亲属越想爱和保护？这完全是个人的情感范围的事，法律实在管不着，

---

〔1〕倪正茂、俞荣根、郑秦等：《中华法苑四千年》，群众出版社1987年版，第386～392页。

也不必管。法律只应管外在的行为，管不了人的内心。法律只要满足一般人之常情或人性，划定一个亲属范围，允许人们对亲属和对非亲属有所不同就可以了，岂可越俎代庖？

“以亲害疏”可能同样是“过度”的体现。本来，法律上规定亲属之间和非亲属之间权利义务责任略有差别是正常的。但是，在实现对亲属的特别权利、义务、责任时，不能以直接损害他人（非亲属）的利益的行为去实现。若直接损害他人利益，则又显然有失平等或公平。法律规定对自己亲属有特殊权利义务责任者，人们在以具体行为实现这种特殊权利义务责任时，可能会间接损害他人利益，这是难免的。但这种行为并不直接或必然造成他人损害结果。如拒绝为亲属有罪作证，可能会间接损害受害人及其亲属的利益，损害国家法律适用有效性。但这不是“拒绝作证”行为的直接后果(其直接后果是保护亲属免予刑罚)，也不是此行为的必然后果（因为国家完全可以通过别的证据途径证实其罪，使其受惩)。一旦为亲属之利益而直接加害于他人，则显然违背社会公正或公平。如中国古代曾有允许复仇之法律，其情形正是如此。他人可能仅是误杀、过杀、戏杀你父祖兄弟，你为之痛心疾首，为之十年磨剑，终于手刃仇人，报仇雪恨。但是，你杀的也是别人的父祖兄弟，别人难道不痛心？别人难道没有亲情？有时甚至对司法人员进行复仇(如唐代的徐元庆复仇案，[1] 张瑝、张琇兄弟复仇案，[2] 都是对执行公务处死其亲属的官吏复仇。当然其中或可能有审判失误)，也为伦理和法律所褒奖，更不公平。中国古代法律一般都禁止复仇，但复仇行为常常在法外得到减死处分。此外，有些并不是复仇，而仅仅是直接损害外人而图利亲属的行为也受到宽恕，更显不公正。如西汉成帝时，丞相薛宣受博士官申咸弹劾，眼看就要罢

---

〔1〕 柳宗元：《柳河东集》卷四，《驳复仇论》。

〔2〕《旧唐书》卷一八八，《孝友传·张瑝》。

官。薛宣之子薛况为保护其父竟雇人杀死弹劾人。依律“创戮（皇帝之）近臣，大不敬”，应“弃市”（死刑），但廷尉直却引“春秋之义”予以宽恕，认为“春秋之义，原心定罪。原况以父见谤发忿怒，无它大恶……当减爵完为城旦。”[1]法定死刑竟减为有期徒刑附加贬爵。这里所“原”（考量）之“心”，正是薛况作为孝子爱父之心。但却忘了博士官也是他人之父子兄弟，杀了他，他的父子他的兄弟也同样痛心。这种判决实际上是假定自己亲属的名誉地位比他人（陌生人）的生命还重要。这是典型的“以亲害疏”。这种行为，直接而必然地损害了他人利益，但中国古代伦理常予赞颂，法律常于宽恕。这显然严重违背公平、平等，违背人性。中国古代伦理法律之偏失也在于此。

从上述三个方面进行讨论之后，我可以肯定，讲求亲属之关爱、家庭之亲聚不一定要用“尊卑有别”、“爱有差等”、“以亲害疏”的方式去实现。相反，这三种方式恰恰违背亲属之爱，也违背公平和平等。

在这一方面，西方的历史值得借鉴。西方自古希腊罗马到现代，法律上均有各种各样“亲疏有别”的规定：如侵害亲属罪责加重，窃盗亲属罪责减轻，隐匿犯罪亲属减免刑罚，等等。[2]但是，基本上没有“爱尊亲属义务重于爱卑亲属”、“爱近亲属义务重于爱远亲属”、“为了亲属的利益可以直接加害非亲属”的伦理和法律。西方基本上只有一套共同的对亲属圈内亲属基本上等量齐观的亲情法则，[3]不像中国有“敬爱”（对父兄）、“友爱”（对弟妹）、“仁爱慈爱”（对子孙）、“恩爱”（对配偶）等各自不同的伦理和法律规

[1]《汉书·薛宣传》。

[2] 参见本书中《亲亲尊尊与亲属相犯：中西刑法的暗合》一章。

[3] 近代以来，翻译西文用“亲爱”一词，国人习惯认为仅夫妻或情人之间才可称亲爱，认为亲爱就是“情爱”。以致在听到西人父女、母子、祖孙之间互称亲爱时，老觉得不习惯，觉得西人“没大没小”。这一观念直到近20年间才转变过来。

则，更没有什么“父为子纲”、“夫为妻纲”、“居丧嫁娶作乐释服从吉”、“父母在不远游”、“父要子死子不能不死”之法则。

既然讲求亲情并不必然要求“尊卑有别”、“爱有差等”、“以亲害疏”，并不一定要以这三者去实现，那么可以百分之百地肯定，市民法伦理与亲属法伦理可以结合，并无根本冲突。

（二）讲求“自由”、“平等”、“公平”，是否一定要以伦理上、法律上“不别亲疏”的方式去实现

追求“自由”、“平等”、“公平”是人的天性之一。母猪都不喜欢老被绳子拴着，而喜无拘无束摇曳着短尾巴到处散步，何况人呢？弱小猪崽抢食时都不喜被力气大的猪崽霸占食槽，都希望自己能插一嘴，何况人呢？动物虽不懂什么是“自由”、“平等”、“公平”，但它们用它们的哀叫表达了对人类称为“不自由”、“不公平”状态的抗议，用它们的欢叫表达了它们对人类称之为“自由”、“平等”、“公平”状态的欣赏。以此动物性为据，我们完全可以推论追求自由、平等、公平是人的天性。

为了满足人类的这种天性，伦理和法律上必须设置许许多多的规则来保障“自由”、“平等”和“公平”。任何民族的伦理、法律都会用他们自己认为适当的方式去追求这一点。没有哪个民族的伦理、法律绝对反对“自由”、“平等”、“公平”。不过，各民族对“平等”、“自由”、“公平”的认识不一，设计的保障措施也不一。没有古今一贯的标准，也没有全球各民族一致的标准。如中国古代认为让人们有田有屋、有衣有食、“养生送死无憾”就是实现了最大的自由，而西人则认为这还不够，还需有精神、意志的自由。又如中国人认为法律上设“八议”、“官当”、“上请”、“减”、“赎”等制度并不违背“平等”、“公平”（如“议功”、“议勤”，对其减轻处刑，颇有等价交易的平等之义），但西人恰恰认为这违反平等和公平。卢梭说：“对于有助于国家的人应该奖以荣誉，但决不应奖以

特权。"[1] 他认为奖以特权就是不平等。但他说的"奖以特权"是指将特权指定给某些个人，而不是一般悬赏。他不反对"一般悬赏"式的特权规定（详见下注）。古今平等公平观亦有异，古时希腊罗马人并不认为完全不让奴隶参与政治是不公平，近代以前也很少人认为妇女无参选权不公平，但今日这些都被视为不平等不公平的典型事例。平等自由公平的具体标准，只能以当时多数人的感觉为度。但我们也不能不承认，用今天的标准看，西方伦理和法律的确更重视和保障自由平等公平，而中国传统伦理和法律的确重视和保障得远远不够。

伦理和法律上要体现和保障自由平等公平，最关键的靠什么机制？我认为，最关键的是要使任何享有特定权利、负担特定义务的资格的取得是几乎所有的人都有可能的。你可以不一定真的去享有或负担特定的权利义务，但你依法应与别人一样有可能去争取相应资格或一样自然获得相应资格。如果仅有一部分人有争取资格之可能或自然获得资格之可能，那就违反自由、平等与公平。如选举权和被选举权，你是不是真的出来竞选做官并不要紧，但你有没有参与竞争的资格是平等公平与否的关键。如果法律公然规定世袭制，规定"上品无寒门，下品无世族"，规定"士之子恒为士"、"农之子恒为农"，让一部分人民永远无权参政议政，这就是不平等不公平，亦即不自由。又如关于民事权利能力，今日规定任何人自一出生即有，包括有生理障碍疾病之人，这是公平的，但如规定一部分人生来就是可以被买卖物且无任何权利能力（如奴隶制），就是不平等不公平。再如民事行为能力，规定有人有、有人没有，这并非不公平不平等，因为一般说来到了一定年龄你自然就会享有（精神病、智障情形除外）。这里没有对某一部分居民的歧视。除了极少数人因为生理精神疾障实际上不可能获得享有某些权益的资格（但

[1] [法] 卢梭著，王运成译：《论政治经济学》，商务印书馆1962年版，第9～10页。

法条上一般也不排除其获资格之可能）之外，对其他任何人不加区分或作差异规定，这就是平等。甚至这种资格的丧失或暂停，法律也明定一些客观条件，以人们后天的过错来决定丧失与否，决不以先天的身份、阶级、职业、宗教、身材、健康、长相等等因素来决定。这也是平等和公平。即使法律上规定一些特权，但只要享有这种特权的资格几乎人人可以凭后天努力争取到，即如悬赏一样，没有什么不平等不公平。卢梭说："法律很可以规定有若干特权，但是决绝不能指名把特权赋予某个人。法律甚至可以把公民划分为若干等级，甚至于规定取得各该等级的权利的种种资格，但它决不能指名把某某人列入某个等级之中。……总之，一切有关个别对象的职能都丝毫不属于立法权力。"〔1〕从上述各方面的例示我们也可以看到，中国传统伦理和法律的确在许多方面违背平等与公平。

从这里我们可以看到，自由平等公平与否，与伦理法律是不是区分亲疏没有关系。即使伦理法律上规定对（或为）亲属的权利大于对外人的权利、义务责任重于对外人的义务责任，丝毫不破坏平等自由与公平，因为任何人都有亲属，任何人都有可能对自己的亲属负有这样特殊于常人的权利义务责任。法律并没有规定某类居民不得对亲属享有或负有这种特殊权利义务。事实上，从中外历史看，亲属容隐、加害亲属加罪、盗亲属减罪、为亲属有上诉申诉监视司法程序是否公正等权利，等等规定，的确是古今法制中最不区分阶级种族等级宗教而最能体现人人平等享有资格的规定。从西方讲平等的法律到东方通常被视为不讲平等的法律，从不讲自由平等人权的奴隶制法、封建制法到讲求自由平等人权的近现代法（甚至社会主义法律），都有允许为亲属隐罪的规定。〔2〕这正好说明了这种"亲疏有别"的规定并不妨碍自由平等公平和人权。因此，法律

〔1〕［法］卢梭：《社会契约论》，商务印书馆1982年版，第50页。

〔2〕详见本书第五章《中西法律传统中的"亲亲相为隐"》。

上讲求自由平等公平人权等等价值，决不必然要求“不异亲疏”。另一方面，在特定的情形下，只有通过“区分亲疏”的方式才能实现此一具体环境下的平等公平和权利，这也必须重视。在上一节我已讲过，在那些情形下若“不异亲疏”，甚至损害了亲属的权利、利益，则形式上的公平反而带来实质上的不公平。所以从这一角度看，讲求自由平等公平人权也并不必然要求一律“不辨亲疏”。至于从人性角度上讲应当强调亲属之爱和从政治功利的角度上讲应利用亲属之爱，更决定了讲求自由平等人权不能排斥亲属之爱的强调。这在前面讲过，不必赘述。当然，我们也不能不承认，法律上区分亲疏应是有一个合理限度，也应有一个范围限制。不能在所有涉及权利义务的事务上都区分亲疏，那样就是“有家庭无社会”、“有亲属而无他人”了。也不能在允许亲疏有别的方面事务上无止无边地有别。过分夸大“亲疏有别”就可能损害社会和他人。所以，超过合理范围和合理限度，就损害了“自由”、“平等”、“公平”。中国古代伦理和法律之失，正是超过了此种范围和限度。

与中国相反，西方之失误则是远未达到正常区分亲疏的程度。西方法自古至今虽有我前面列举过的那些“亲疏有别”的规定，但比起人性和亲情的自然要求来，实在差得太远，更多当区分亲疏的地方没有区分，使亲属在法律上受不公平待遇或负不公平责任（如侵害亲属罪责当更重于常人时，若仅规定其与常人罪责相等，这也是另一种形式上的不公平不平等）。西方法律，仅就公法而言，其中关于“亲疏有别”的规定，从古到今似乎是逐渐减少的。从前对亲属关系有特殊规定者近现代似乎趋向压缩。这种取向似乎建立在一个假定之上，即一讲“亲疏有别”，就必然有害“自由”、“平等”、“公平”、“人权”，等等。似乎越讲“自由”、“平等”、“人权”就越必须消除亲疏之别。这个假定显然是不正确的。理由在上文里我已经讲过了。正因为西方法的上述偏向，所以在清末变法之时，中国士人最先接触西方法者大都对西方法留下了这样的评价：“无

父无君"、"六亲不认"、"不辨亲疏"，甚至有人骂西法是"禽兽之法"（因为他们认为只有禽兽才无父无君、六亲不认）。如清末变法时任刑部郎中的吉同钧氏认为：刑法中的"亲亲相隐"、"亲亲尊尊"的有关规定是中国独有的，"刑法之可弼教化者在此律中，之所以为国粹者亦在此"，这是西方那些"方城汉水"小城邦国家的"异俗异教之人（民）"所无法理解和接受的。认为西法并无此种良制（其实有些误解）。[1] 这些评价，大多是从中国传统伦理法律的褊狭愚暗立场角度出发对西方法的不正确评价，但也有些的确指出了西方法的不足，不失为"旁观者清"的评价之一。

所以，从以上的讨论中，我们同样可以得出结论：市民法伦理与亲属法伦理并无根本矛盾冲突，完全可以相互融合。

三、中西两种法伦理结合的方式途径

中西两种法伦理应该结合，也可能结合，已如前两节所述。现在剩下的问题是：两者如何结合？这也就是两者结合的方式途径问题。

关于方式，我想不外两者：一是"以教辅法"，二是"以法为教"。所谓"以教辅法"，就是在国家政治和社会生活中尽一切可能进行"民主"、"自由"、"平等"、"法治"、"人权"的宣传教育，继续完成前人尚未完成的民主自由启蒙任务。我们的一切精神文明教育要以"民主"、"自由"、"平等"、"人权"等为中心，不要把精神文明只理解为美德、谦让、廉洁、奉献、安分守己，等等。这些都只能为前者服务，为前者的目的而存在，只有为前者才有意义。只有这样以市民法伦理为中心内容的启蒙宣传，才与我国的法制相适应，才符合我们的法制背后要求的伦理、心理基础。我们的法制是建立在民主自由人权平等的理论或价值取向之上的，所有条款字里行间都浸透着这种价值选择。因此，我们的精神文明宣传建设必须

〔1〕 吉同钧：《大清现行刑律讲义》金册，法政学堂印行1909年版，第108页。

与此相配合。但事实上现在的情形似乎常常相反：精神文明建设之宣传常常只强调守法守纪、谦让利益和无私奉献，常常有意无意地贬低争取权利、谋求合法利益、谋求平等和公平待遇行为的正当性。我们从来没有树过为自己或亲属的合法权益锲而不舍状告官府或豪门终于取胜（如杨淑英为杨乃武案、秋菊打官司等）的英雄模范，从未树过为了与官贵富人争取平等的机会（如上学、就业、出国、任职、考试、办事业、签合同）而针锋相对寸步不让，终于使法定平等权利变成现实的英雄模范，从未树过老是给官员挑毛病提意见促使其改正错误的英雄模范。这样的人不是没有，但从未请他们参加巡回报告团做报告。我们所树的英雄模范，大多是不在乎对自己是否有平等公平待遇、只管埋头苦干无私奉献，从不计较自己的法定权利是什么的高尚的人。他们报告中常常提到的他们所无、所弃之“私”，绝大多数是合法合理权利（当然，拒贿除外）。这种主调的精神文明教育，可以说与法治的要求有些背道而驰。法治的最根本要求就是要讲权利，就是要在合法权利上斤斤两两都计较。当然，你也可以说，美国不是也有人提倡“学雷锋”吗？我们认为他们也是在提倡安分守己无私奉献！这是误解。美国是因为个人主义自由主义太过分，个人权利意识太过分，为自己利益斤斤计较之情形太过分，以致社会缺乏温暖感，所以才有仁人志士主张学学中国的雷锋以矫其偏其失。中国是什么情形？中国是一个极度缺乏自由和权利、平等和公平意识或观念的国家，中国传统伦理道德的确不强调权利和自由平等。在此种情形下，若一味宣传不计较个人权利、利益、自由的得失而无私奉献，岂非抱薪救火、扬汤止沸！不积极主动在我们的人民心目中种上“自由”、“平等”、“人权”、“民主”的种子，我们的法治绝对是没有根底的，也就使得人民心目中没有接收“法治”这种“电波”的机制。

所谓“以法为教”，这是借法家的用语，意思是要向人民灌输一套新的法伦理，主要靠的不是说教，而是立法和执法。立法和执

法的导向，是对全民族法观念法伦理更新的最好引导、催迫。这是靠事实、行动来教育，正所谓“言教不如身（行）教”。在立法上、在执法上，尽可能地体现两种伦理的结合，用庄严的法条及极有信用的执法事实向人民宣示：国家鼓励什么样的法伦理，反对什么样的法观念，等等。正如高考现已实际上成为中学以下教育的最大指挥棒一样，我们要使法律成为人们确立新的精神文明、新的伦理观念的最大指挥棒。这种精神文明建设，正与法制建设相配合。这就是“以法为教”，或可以同时也叫做“以法为师”。

如果“以法为教”充分体现两种伦理在法律上结合，长期驱迫人们以法律的是非善恶评价为是非善恶标准，坚持下去，定有成效。哪怕起初人们并不理解赞成，只是被动接受，但久而久之，会习惯成自然；最后会溶入血液，观念上接受为神圣的信条。此对即化“自在”为“自为”，化“必然”为“自由”。此种情形正如法家所言“藏于官则为法，施于国则成俗”，“是以民之道正，其行善也若性然”。[1] 这种外来灌输久而久之终于彻底改变人民观念的史例不少。如春秋战国时代以前并无对君主三跪九叩、三呼万岁之大礼。秦汉时代开始，才灌输“君为臣纲”之制度和观念于臣民。到后来，人们甚至认为人类长膝盖就是为了向君主跪拜方便。又如满清入关栽辫子于汉人头上，强行“雉发”，用“留发不留头，留头不留发”来威胁人们，推行半个多世纪方完成。到辛亥革命时，革命党人倡议剪辫，人们大多反对，丧辫如丧考妣，甚至也有用“留辫不留头”来威胁方迫使人们剪去者。足见观念也可以通过制度执行之强迫栽入人心。一种融合了市民法伦理、亲属法伦理两者精华的新的法伦理将会在这样的长期驱迫中逐渐自然植入人民心中——当然，同时还须配以民主自由平等人权为主旨的启蒙教育宣传。两种方式结合，中国的法治灵魂——新的法伦理必定逐渐铸成。

---

〔1〕《管子》之《法禁》、《八观》篇。

因篇幅所限，我这里主要想探讨"以法为教"这一方面的方式。为了使我们的讨论更加具体，我想在以下四个方面探讨在公法领域促成市民法伦理与亲属法伦理结合的具体途径。

由于我们的法律体系整体上是以市民法伦理为价值取向建立起来的，是以彻底地背离中华法系的亲属伦理法传统的态度、立场而建立起来的。所以现在我们要赶紧做的，不是向以亲属法伦理为价值取向的法律体系里掺进体现市民法伦理的制度因素，恰恰相反，而是要往市民性质法律体系里适当掺进一些体现亲属法伦理的制度因素，以矫其偏，以合国情，以使法治能更被国人诚悦地接受而更好地生效力。

（一）行为规范的改变与创新

通过对法律上一系列行为规范的改变与创新，可以以亲属法伦理矫正市民法伦理之偏，亦即实现两者的结合。我设想我们可以具体设置、改变或创新关于下列方面事情的行为规范（权利、义务规定）：

1. 关于为亲属之利益而应享特殊权利。这一方面，可以考虑借鉴古代中国及古今西方良制，设立以下权利：

容隐权（庇护权）或拒绝作证权。我在本书前面两篇文章里专门讨论过，这几乎是全球最共同的法律制度之一，我们不能自外于世界。

参与司法程序或监督司法程序权。我们可以考虑借鉴古代中国关于亲属参与司法程序以监督是否有非理待遇的许多良制。可以具体设立以下权利：（1）亲属独立起诉权、申诉权、上诉权。在某些涉及对整个家庭或对尊亲属、近亲属利益造成间接损害或连带损害的案件中，应允许近亲属有独立的起诉、上诉、申诉以获救济之权

利。即使当事人本人不同意起诉上诉等，近亲属仍可单独为之。[1]（2）亲属更多地参与司法程序，独立提出程序请求（如延期审理、重新调查、回避请求的复议或再提出、质问证人、补充证人、独立辩护，等等）的权利。这将有利于保障当事人于诉讼程序中获得亲属的辅佐，以保护合法权益。（3）监督预审和执行是否公正的权利。中国古代似有在死、流、徒刑交发执行时允许亲属在场验视被告是否受虐待之例，今日似应有同样制度。特别是，鉴于当今我国司法实践中争议最大的是预审中的虐待问题，我们不妨设定某种亲属监督权机制，比如在公安人员的全程监视下允许亲属于预审期内探视被告一二次，以查验是否有伤损。[2]上述权利设计都有利于保障司法公正、保护人权。（4）还可以考虑允许在轻微或自诉刑事案件中允许近亲属代理被告出庭之制。[3]今日借鉴此制当然不允许仅成为官吏及富商之特权。

2. 关于对亲属应享特殊权利。这一方面应主要考虑设定尊亲属或监护人对未成年人更有效的管教权力，以保证未成年人更健康地成长。中国古代和西方古代均有"送惩制"，以惩罚不敬父母违反教令的子女，现代西方也有类似的制度。一方面要使尊亲属或家长有适当权威管教未成年人，另一方面又要防止家长权威滥用。送官府决定惩处应是此二目的的较好结合。不过只能是轻惩处。

3. 关于对亲属应负更重的义务和责任。在适当情况下加重对

---

〔1〕香港刑事诉讼程序法即规定，除控方、辩方、律政司以外，"因裁判官的判决而受损害的任何人，如被害人的亲属"有上诉权，此为独立上诉权。见赵秉志、罗德立编：《香港刑事诉讼程序法》，北京大学出版社1996年版，第289页。日本刑事诉讼法、台湾地区"刑事诉讼法"均规定近亲属有独立上诉权。见我国台湾地区"刑事诉讼法"第345条，《日本刑事诉讼法》第353条。

〔2〕中国旧制允许亲人入监所探视并不区分已决未决犯。

〔3〕中国旧律有官吏词讼可由家人代理、妇女有犯可由子侄兄弟代受审之制。二者均仅在轻罪或民事诉讼时。见《大清律例·刑律·断狱》。

亲属的义务和责任是有利于社会公益的。我认为至少在以下几方面可考虑相应规范。(1) 对亲属某些非法行为的监督、制止义务的设定。例如，可以立法规定领导干部必须为自己的近亲属受贿负责，不允许以不知为由逃避为妻、子、父母受贿负责任。因为行贿人本想行贿的对象是领导干部本人，其近亲属不过代收而已；行贿人想达到的目的只有通过领导干部本人的权力才能实现，其父母、妻、子必定要在他们面前为行贿人说情。这种情形，领导干部本有伦理责任监督制止之。为反腐倡廉，完全可以将此规定为法律上的责任。又如，干部子弟常利用其父母权威进行违法犯罪活动（如以权非法经商、仗势欺人，等等），应适当追究干部本人的责任。权力是国家授予干部本人服务公益用的，正如士兵的枪支是国家授予他以保卫秩序用的一样。士兵的枪支若被盗走（不管是否被他人使用）都应负责，则领导干部也应为权力被亲属盗用负责任。有形盗用（如盗盖印信、盗用签名批条之类）当然应追究，无形盗用（如假其名义招摇撞骗等）同样应追究。现在事实上这两类情形都没有追究领导干部本人的责任。在这一方面，《法国刑法典》有一条规定值得我们参考。该法典第 321－6 条规定："与生活水平明显超过其正当收入来源的未成年人一起生活并对该未成年人拥有监护权力的人，若不加检举制止，即为犯窝藏罪，处 5 年以下监禁及罚金。"[1] 这虽是仅对 21 岁以下未成年人而言，但其责令父母监视子女的用意是很值借鉴的。(2) 为了保证未成年人健康成长，应规定更严格的法定监护责任和资格。应规定父母或监护人对未成年人吸毒、惯窃、流氓行为等负一定责任。凡明知子女有上述犯行而不

[1] 《法国刑法典》(1994 年)，中国人民公安大学出版社 1995 年版，第 73 页。

采取有效措施制止或告知官府者，应负一定刑事责任。[1] 另外，应规定在一定情况下剥夺亲权或监护权的制度，如曾犯不名誉不道德之罪行者、吸毒者、游荡无业者、浪费无度者、虐待亲属严重者，均应在一定时期内剥夺亲权或监护权。这方面我们的规定远不及西方细致。[2] (3) 应规定危害亲属者罪责重于常人。亲属之间本来有更重的互相扶养保护之伦理责任，人性自然也当如此。危害亲属人身和名誉、贞洁者。其犯罪恶性当然更重，当然应受更重之罚。其理由我曾专文讨论过。(4) 应规定亲属之间的财产侵犯罪责轻于常人。这也是人之常情所决定的，我们的立法必须顺应人之常情。[3] 以上讲的均是通过直接立法创制新规范。事实上，我们同时也可以通过引用公认的亲情伦理原则来创制体现两种伦理结合的判例法。欧洲法谚所谓“有法律依法律，无法律依法理，无法理依习惯”，我们也可以尝试。只要在法无明文规定或虽有规定而显然不合亲情伦理时，应允许执法者引用法理、习惯来断决或决定（当然同时需有严格的判例审查认可制度）。具体说来，引用公认的亲情伦理原则可以创制判例。如董仲舒引用《诗经》中的螟蛉之义来断决当时法无明文规定的父母对养子有无容隐权的问题；又依情理判断出养于人不识生父，因生父戏言而杖生父者无罪，[4] 均是依情理判决形成良好的判例。我们应允许法官在法无明文规定时依情理创制这样的判例。例如，父债子还，中国人素来认为合乎情理，

〔1〕 父母对未成年子女负此种责任，甚至对成年而仍共居的子女负此种责任，决不是株连。株连是指本来对犯罪人无道义监视责任者也牵连受刑罚。而父母对子女有道义上、法律上监督义务。

〔2〕 参见《法国刑法典》关于剥夺亲权的规定。《法国刑法典》（1994年），中国人民公安大学出版社1995年版，第19页，另参见方蕾等编：《外国刑法分解汇编》总则部分，国际文化出版社公司1988年版，第259～280页。

〔3〕 以上两条均请参见本书《“亲亲尊尊”与亲属相犯：中西刑法的暗合》一章。

〔4〕 沈家本：《历代刑法考》第4册，中华书局1985年版，第1770～1771页。

今一律否定之。但若父借债的确是为子女求学、求医、生活之用，父去世后子女的确应该代还，这就可以创制判例。这样的判决显然更合情理，有利亲情，也有利保护债权人利益。又如祖孙关系与继承。若有案件中父早死，祖养孙成人，为之娶亲。未几，孙死。若依法，孙妇是惟一财产继承人而祖父母反而无权继承。这显然不合亲情。这里又可以创制有利弘扬亲伦的判例。这方面可以做的事情不胜枚举。

（二）裁判权的扩展

在各种案件的裁判权方面，我们可以采取一些改革措施，以体现市民伦理与亲属伦理的较好结合。这方面可以做的事情很多。

1．可以考虑在少年犯法庭、治安法庭的审理中以近亲属为指定陪审员，规定亲属代表有参与审判的权利或义务。这种让亲属也分享部分审判权的模式，有利于裁判的接受或执行。这将使判决更具有人情味。这一设计与审判中因亲属关系回避的制度并无矛盾，完全可以设制避免可能出现的冲突。

2．可以设立专门的家事法庭。对于属于亲属间争讼之案件，包括轻刑事案件，应组织专门的家事法庭审理。家事法庭可由国家和社区权威联合组成，审理尽可能采取合乎亲情的方式。不要使家事大白于一般法庭。[1]

3．可以扩大民事法上的亲属会议之权力，使其成为可以仲裁亲属间民事纠纷的仲裁机构。这种机构甚至可以扩大成员范围（如扩大至五亲等以内的成年亲属），使其权力可比现在大陆法系民事法所规定的（决定监护人更换、遗产保管等）权力之外大大扩增。

---

〔1〕我国台湾地区有“家事法庭”及《家事事件处理办法》。见《最新六法全书》，台北三民书局1995年版，第827页。但台湾地区的家事法庭仅审理民事案件。其实，亲属间的轻刑事案件也应归家事法庭审理。我这里设计的家事法庭与台湾地区的家事法庭不同。台湾地区家事法庭仅由法官组成，但可选任当事人亲友、专家、福利机构人员任调解人。

为了防止这种“法庭”演变为昔日的家族私设公堂，可以规定必须有司法人员参与监督或指导，必须符合法律。这种亲属会议应是亲族间的自治管理机构。这种亲属自治与民主自治目标应无根本矛盾。亲族团体是一个无可避免的“社团”。让其松散至消失不一定真的有利于平等自由和人权。

4. 扩大邻里或社区对司法程序的参与。在民事案件和轻微刑案中，让邻居代表、街道居民委员会、村民委员会、所在单位代表等等参与审理讨论，使裁判更具自治性质，更具人情味，更易于接受和执行。这也更有利于法制宣传教育。使社区力量能更准确地接受法律的是非观并推行此种是非观。

（三）裁判程序的柔化

这一方面要做的也很多。例如，可以借鉴中外古制关于不得强迫近亲属作证的规定，违者应罚相关司法人员。又如在审理和执行中若被告有病，应允许亲人探视陪护。[1] 被告在处理自己重大诉讼权益时应由法院征求其亲属意见，等等。

除此之外，我认为还有以下几点可做：

1. 事关亲属关系的诉讼，可否采取更合亲情的诉讼程序。例如，根据当事人申请及案件性质、严重程度，可以不开庭，不对簿公堂，不公告，可以仅进行庭外审理即断决。对亲属间的轻刑事案件甚至也可以考虑采取调解方式，促成和解。即使当事人之间亲情已伤，形同仇人，我们的司法程序也应有意为其设定一个有利于亲情恢复的环境氛围。当然，这决不是要牺牲法律上的是非，只能在坚持法律上是非的前提下体现亲情。

2. 可以利用亲情改革自首制度。中国古代刑律规定，任何犯罪（包括“十恶”之首的“谋反”），只要是在法律上对一般犯罪有

〔1〕 中国旧法制特别重视此点。参见《唐律·断狱上》，《大清律·刑律·断狱》。中国现今司法实践中偶有此做法，但并未上升为严格的法律规定。

容隐权的亲属告发，都视为犯罪人自首，都受减刑免刑待遇。这种规定，应是国家利益和亲情兼顾得较成功的规定之一，值得我们今日借鉴。我国刑法规定亲属庇护者有罪，又规定亲属告发也不视为自首，这只会逼使犯罪人亲属要么决不告发隐匿到底（以符合亲属圈内的道德评价），要么告发亲属使之受刑而在亲属圈内饱受讥评（因为在处刑不必然减轻的情形下仍告发之，易被视为不顾亲属生死安危，狠心和残忍）。要么以家害国，要么以国害家。只有这种亲属告发视同自首必减刑之制才将二者较好协调，这样一来任何人都可以理直气壮地用告发方式来帮助执迷不悟的亲属，也帮助国家维持法治秩序。

3. 拘系人犯到案受审可以采取更合乎亲情的方式。除犯罪较严重的或有人身危险的罪犯以外，一般案件的被告到案接受侦讯或法庭审判应给予更温和的、合乎人情的待遇。如允许与近亲属有话别时间（甚至对重大罪犯也可以考虑在司法人员的监督下有话别时间）。不必让警车呼叫震荡整个社区弄得人心惶惶，不必戴手铐，允许尊亲属或近亲属具保送被告至官府或陪同至官府。尽量用通知或传票传唤方式下达到庭命令而不必派人车去社区不必要地示威式拘捕。这一方面，台湾地区的“少年事件处理法”很值得借鉴。[1]

（四）裁判执行的感性化

在裁判执行方面，可以更认真地考虑以亲情伦理矫正司法冷冰冰的形象。具体说来，可以考虑以下方面的改革。

1. 应允许亲属或亲属团体参与或监督裁判的执行（特别是民事裁判及刑事附加裁判的执行）。在这一方面，我们可以考虑以下改

[1] 我国台湾地区“少年事件处理法”所定程序均特别注意保护犯罪少年名誉及维护亲情。如将犯罪少年责付家长、法定代理人、最近亲属、观护人等为“适当辅导”，实为执行处罚。另外，称通缉为“协寻”，称拘传为“同行”，称少年犯罪为“少年事件”，其旨均在创造一种有利名誉的温馨环境。

革:(1)某些轻微犯罪或少年犯罪,其刑事裁决可适当交由亲属团体监督执行。如国外有判罚禁戒、强制劳动、保护管束、强制治疗、没收或罚金、补偿受害人损失等,交由近亲属监督执行或由亲近属与官方共同执行之制度,很值得借鉴。[1] (2)一些民事裁决如赔偿、恢复原状、归还、赔礼道歉、重新履行合同等,完全可以设立亲属具保执行之制。仅让当事人本人保证执行常常不力,动辄由司法人员强制执行也成本太高、激化矛盾。设立亲属具保执行之制可能避免此二弊。亲情的监督执行力往往更有效于国家强制力。(3)缓刑处分或假释处分的执行,也完全可以正式设立亲属具保监督执行并定期向有关机关报告执行情况之制。[2] 以上三种执行制度都将使刑罚执行的冷冰冰性为亲情性所适当矫正,使受执行人更易于接受。

2. 在徒刑及拘禁执行时也应尽可能考虑亲情。在这一方面,可以做的改革更多。(1) 可以在监狱设置探亲房舍,对重刑犯给予适当的机会,使其可以定期与配偶团聚。(2) 对中期短期刑犯人,可以规定其可适当归家团聚。如在其妻分娩时、父母祖父母生辰或丧故时、春节等重大节日时、兄弟姐妹婚嫁时、自己因立功被减刑时,等等时间,归家与亲人团聚。[3] (3) 可以设定允许被拘捕人被判刑人在入看守所、入监狱之前履行完某些对家庭对亲属的伦理职责的制度。如中国古制有“存留养亲”,我们是否可以也弘扬传统考虑允许被判无期徒刑以下的罪犯可以留家一定时间侍养父祖

[1] 韩国即有“社会保护”(保安处分)由亲属立誓约后在监所外执行的制度。见《韩国刑法典及单行刑法》,中国人民大学出版社 1996 年版,第 121 页。

[2] 我国现行刑法规定缓刑、假释的考察、监督机关为公安机关。有时亦令“所在单位或者基层组织予以配合”。但根本没有亲属或亲属组织参与监督考察或具保之规定。参见新《刑法》第 76 条、第 85 条。

[3] 我国司法实践中偶有此种做法,但未成为严格的制度。法国有此明确制度,“准许回家制度”是为使犯人为“重新进入社会”做准备而设立的。参见《法国刑事诉讼法典》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 274～278 页。主要见其中第 717 条、第 720 条、第 722 条、第 723 条。

(假如无其他人履行侍养之责且实在病弱无独自生存能力时)。如在入禁入监前的确有主持父祖丧葬、主持子女兄弟婚礼、安排其他近亲属治疗或赡养事务、解决子女就学就业等对亲属之伦理义务未尽之时，可否考虑设定允许其留家一定时间以完成此类事务之制度？当然，上述待遇是有条件的。这个条件应有明确具体的法律规定。如应规定服刑表现须达到什么要求，有无立功受奖，最少已服多少刑期以上，无具体人身危险，无再犯罪之虞，有亲属具保，交一定押金，犯罪情节较简单而且没有串证毁证之嫌，犯罪前的确于亲情品德上表现较好，等等。[1]

3. 在死刑执行时也应尽可能满足亲情。这一方面更应改革。(1) 应允许死刑执行前与近亲属团聚；[2] (2) 应尽量避免公审公判大会对死刑犯近亲属造成不良影响；[3] (3) 允许近亲属对死刑犯执行前的健康状态进行监督；(4) 应允许死刑犯在执行前的某些宗教忏悔、洗礼、许愿、施舍要求；(5) 应允许罪犯自己选择死的方式，包括服药自尽等。并应规定罪犯亲属有权知道执行方式和情况；(6) 为死刑犯遗言遗物遗书的传达设定更加严格有效的制度，尊重并保证实现其最后对亲友表达情感的权利。[4]

4. 社区团体监督裁判执行。社区团体（包括邻里、工作单位等）是亲情圈的扩大。由社区监督某些刑罚的执行或许比司法机关执行更有效。一个人最怕的可能就是在亲朋、社区面前丢了面子。所以，扩大社区对执行刑罚的参与，可能更有利于刑罚执行的效

---

[1] 台湾地区有“行刑累进处遇条件”可资借鉴。

[2] 我国现行《刑事诉讼法》仅规定：“死刑执行后，交付执行的人民法院应当通知罪犯家属”（第212条）。仅此而已。

[3] 现行《刑事诉讼法》第212条规定：“死刑……不应示众。”但“公判大会”实为示众，却无人制止。示众当然不仅指枪决时示众，也应包括枪决前游街之类。

[4] 在实践中我们均可能偶有此类做法，但均无明确、周密的制度加以保障。要使这些措施成为法律人道的象征，而不应仅仅是司法人员一时偶然给予的恩惠。

力。如让社区团体监督保安处分、附加刑等的执行，可以节省司法成本，可以使人们心理上更易接受刑罚。尤其是荣誉刑、资格刑，更应由社区监督执行。[1]

结语

在本章里，我们讨论的是一个极为重要的问题。这一问题，大则关系到外来文明的适应化与接受中国传统文明的存亡续绝及精华弘扬，小则直接与司法实践中具体规定举措的理性化或效力提高息息相关。从上文的讨论里我们已经看到，西方的市民法伦理和中国的亲属法伦理各有优长与缺陷。为了今日的中国社会主义法治文明的建成，为了民主人权和自由平等的神圣目的，我们应该融合中西两种法伦理的精华，致力于养成一种新的法伦理，亦即铸造社会主义法治的灵魂：这一灵魂既不是“宗法伦常”观念的复辟，又不是西方冷冰冰“契约观念”的简单移植，而应是“天下为公”、“自由”、“平等”、“人权”、“竞争”观念与“亲亲之爱”、“推恩”（亲爱）于天下之观念的结合。我们的讨论还表明：亲属法伦理和市民法伦理之间并无内在的根本的冲突，亲伦权威与国家权威可以结合，亲亲之爱的目标价值与平等自由人权之价值目标可以结合。我还就两种伦理在法律上结合的途径（主要体现为以亲情伦理矫正市民伦理之偏误）进行了具体的探讨，提出了原则的建议。这些建议要化为周密可行的制度，还有许多更具体的措施制度需要设计。这将是我今后论文的任务。总之，中国的法治应具有中国特色，应具有国人更易接受的内容和形式，应与中国的文明传统形成结合点。我们不能牺牲法治的根本价值，在这一前提下，我们完全可以建成更温馨而理性的法治模式。

---

〔1〕在实践中，居民委员会、村民委员会、单位配合执行也是常事，但无固定的完整的制度。且社区监督执行的关键是社区团体（自治团体）作为执行主体或全权监督者，而不仅仅是代理官府或充当仆役。

后　　记

我的书，每本都有后记。并非一定要落入这个“老套”，而是因为确实“有些话儿要交待”，正文里解决不了，就要借助后记。

这本书，是我近15年间关于中西法律文化比较研究的全部论文的汇集，在编书时作了一些必要的整理加工。我不愿按在各刊发表的原文编入，是因为许多删节是我本来就不知道、不同意，或者即使同意也很不情愿的。同时，有些内容系根据后来的研究心得补入。总之，这本书是一个新的整体，有新的“自我属性”，不是原文的堆积。读者看我的章节编排就知道。之所以要编为章节，就是要展示我这些研究分题的总体性、系统性、内在联系或逻辑。

感谢我的老师杨景凡先生、俞荣根先生把我引进了传统法律文化的学术殿堂。杨先生于今年8月3日辞世，丧师之痛一度使我不愿提笔。现整理出这本书，权志对杨师的哀思。感谢中国政法大学出版社促成了本书的面世。感谢李传敢、张越、朱芸等热心而负责的编辑。感谢我的研究生汤建华、顾晔同学为本书校对所付出的劳动。

范忠信

2001年9月30日于

武昌南湖东岸三族斋